Der Nebenbesitz.

ABHANDLUNG

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität

zu Bonn

vorgelegt von

HEINZ KÖNIG

Gerichtsreferendar in Essen.

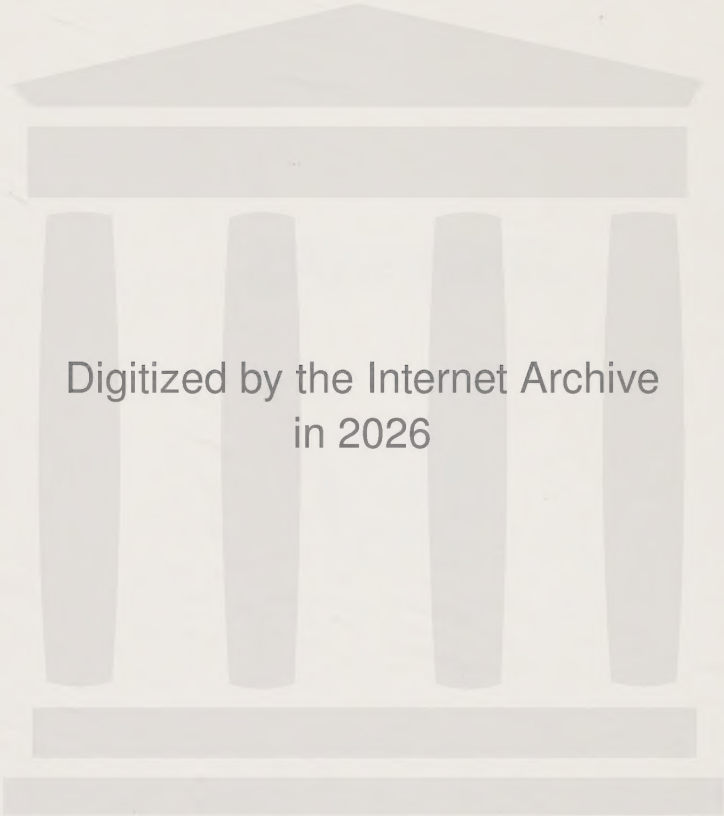
1 9 3 9

DISSERTATIONS-VERLAG G. H. NOLTE DÜSSELDORF

Angenommen auf Bericht
der Professoren Dr. Dölle und Dr. Kunkel.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN ELTERN.


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546404_0063

INHALTS-VERZEICHNIS

I. Darstellung des Problems.

1. Das Problem 1
2. Zum Begriff 3
3. Die Auswirkung des Problems in der Praxis 3
4. Der Nebenbesitz in der Rechtsprechung 6
5. Der Standpunkt der Wissenschaft:
   a) im Hinblick auf die Rechtsprechung 11
   b) im allgemeinen 14
6. Kritik 15

II. Der Weg zur Lösung des Problems.

1. Historischer Rückblick 16
   a) Das römische Recht 17
   b) Das germanische Recht 17
   c) Das Preußische Landrecht 18
   d) Das geltende Recht 18
2. Ist der mittelbare Besitz tatsächliche Sachherrschaft oder nur eine Fiktion? 19
3. Die Elemente des mittelbaren Besitzes 22
   a) Der unmittelbare Besitz des Besitzmittlers 22
   b) Rechtsverhältnis und Mittlungswille 22
      aa) Objektive Auffassung 23
      bb) Subjektive Auffassung 25
      cc) Besitzmittlungswille und Rechtsverhältnis haben beide ihre selbständige Bedeutung 27
4. Die Beendigung des mittelbaren Besitzes:
   a) im allgemeinen 30
   b) insbesondere bei Begründung eines neuen Besitzmittlungsverhältnisses 32
5. Das Wesen des Nebenbesitzes.
   a) Entstehung und Untergang des Nebenbesitzes 41
   b) Wirkung des Nebenbesitzes im allgemeinen 42
   c) insbesondere die Legitimationskraft des Nebenbesitzes beim gutgläubigen Eigentumserwerb 43

SCHRIFTTUM

Bartels: Ausführungen zur Besitzlehre des BGB. In Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot. Bd. 42 S. 645 ff.

Becker, E.: Der Besitz beweglicher Sachen. Jher. Jahrb. Bd. 34 S. 1 ff.

Biermann: Bürgerliches Gesetzbuch. Drittes Buch, Sachenrecht. 3. Aufl. 1914.

Buhl: Das Recht an beweglichen Sachen nach dem BGB. Berlin 1901.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II, 7. Aufl. 1924.

Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. III, 1905.

Dernburg: Bürgerliches Recht. Bd. III, Sachenrecht. 4. Aufl. 1908.

Dölle: Anmerkung zu RGE. Bd. 135 S. 75 in JW. 1932 S. 1212; Anmerkung in JW. 1932 S. 3765.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II, 3/5. Aufl. Berlin 1900.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 13. Aufl. 1927.

Gierke, J. v.: Bürgerliches Recht. Sachenrecht. 2. Aufl. 1928. In der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft. Abtlg. Rechtswissenschaft, herausgegeben von Kohlrausch und Kaskel.

Gierke, O.: Deutsches Privatrecht. Bd. II, Sachenrecht. Leipzig 1905.

— Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das Deutsche Recht. Leipzig 1889.

— Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem BGB. Jena 1897.

— Ist nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches die Verfolgung des dinglichen Rechtes auch gegen den mittelbaren Besitzer zulässig? In Verhandl. d. 24. Dt. Jur. Tages, 1897, Bd. III S. 29 ff.

Handel, E.: Der mittelbare Besitz und der gutgläubige Fahrniserwerb. Tübinger Diss. 1934.

Heck, Ph.: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Tübingen 1914.

Herrschel: Anmerkung zu RG. Bd. 138 S. 265 in JW. 1933 S. 1997.

Jung: Willensänderung des Besitzmittlers. In Recht 1919 S. 3553.

Kniep, F.: Der Besitz des BGB. Jena 1900.

Kress, H.: Besitz und Recht. Nürnberg und Leipzig 1909.

Lasch, W.: Stufung und Spaltung des mittelbaren Besitzes. Diss. Marburg 1934.

Last, Ad.: Fragen der Besitzlehre. In Jher. Jahrb. Bd. 63 S. 71.

Leonhard, Fr.: Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.

Lorenzen, H.: Der Begriff des mittelbaren Besitzes. Marburger Diss. 1934.

Meyer, H.: Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht. München 1909.

Müller, A.: Die Zulässigkeit der Veräußerung künftiger Mobilien; in Gruch. Beitr. Bd. 54 S. 226 ff.

Müller-Erzbach: Der Durchbruch des Interessenrechtes durch allgemeine Rechtsprinzipien. Jher. Jahrb. Bd. 53 S. 331 ff.

Müller, W.: Heimlicher Gutglaubenserwerb; in Arch. f. ziv. Prax. Neue Folge, Bd. 17 S. 86 ff.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. III.

Planck-Brodmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. III. Sachenrecht. 4. Aufl. 1920.

Probst, Ad.: Mehrfacher gleichstufiger mittelbarer Besitz und gutgläubiger Eigentumserwerb nach § 934 BGB. Sonderabdruck aus Z. f. d. ges. Handelsrecht und Konkursrecht. Bd. 101 S. 199 ff. (Göttinger Diss. 1935).

Protokolle des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. IV, Familienrecht.
Przibilla, E.: Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes unter Ausschluß des Erwerbs durch Stellvertreter. Freiburger Diss. 1905.
Reichsgerichtsräte-Kommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 8. Aufl. 1934 Bd. III.
Rhode, Ernst: Studien zum Besitzrecht. 1913, Bd. II, Abschnitt XXI: Der mittelbare Besitz. — Abschnitt XXII: Der Schutz des Besitzes.
Rosenberg, L.: Kommentar zum BGB. Bd. III, Sachenrecht. 1. Halbband, München 1919.
Sokolowski: Der Besitz im klassischen und deutschen bürgerlichen Recht. Halle 1907.
Schröder, W.: Beendigung des mittelbaren Besitzes. Marburger Diss. 1934.
Staudinger-Kober: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. III, Sachenrecht, 1. Teil, 10 neu bearb. Aufl. Berlin 1936.
Strohal, E.: Der Sachbesitz nach dem BGB. Sonderabdr. aus Jher. Jahrb. Bd. 38 S. 1 ff.
Tettenborn, H. D.: Die Rolle des mittelbaren Besitzes beim Eigentumserwerb nach § 934 BGB. Frankfurt a. M. Diss. 1936.
Weinmann, K. H.: Über das Wesen und den Schutz des mittelbaren Besitzes. Erlanger Diss. 1934.
Wendt, O.: Ist nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches die Verfolgung des dinglichen Rechtes auch gegen den mittelbaren Besitzer zulässig? In Verh. des 24. Dt. Jur. Tag. Bd. III, Gutachten.
Wendt, O.: Der mittelbare Besitz des Bürgerlichen Gesetzbuches. In Arch. f. ziv. Prax. Bd. 87 S. 40 ff.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechtes. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.
Wolff, M.: Mitbesitz nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. In Jher. Jahrb. Bd. 44 S. 143 ff.
— Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes., Bd. III. Sachenrecht. 9. Bearbeitg. 1932.

Juristische Wochenschrift.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
Hanseatische RGZ. Abtlg. B.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zitvilsachen.
Entscheidungen des Reichsfinanzhofes.

I. DARSTELLUNG DES PROBLEMS.

1. Das Problem.

Im geltenden Besitzrecht ist kein Gebiet so umstritten wie die Lehre vom mittelbaren Besitz. Schon bei der Fassung des Gesetzes, das den Begriff des mittelbaren Besitzes zum ersten Male einführte, und im § 868 BGB. als „Auch-Besitz" anerkannte, konnte man sein Wesen nicht scharf erfassen und normieren. Die hierzu von der Rechtsprechung und der Wissenschaft entwickelten Grundsätze stehen sich oft diametral gegenüber. Die Bestätigung für dieses Urteil gibt uns die Literatur. Fast jeder im Gesetz nicht besonders geregelte Fall ist bestritten. Fast jeder Schriftsteller findet die entscheidenden Merkmale des mittelbaren Besitzes in anderen rechtlichen Momenten [1]).

Auf diesem umstrittenen Gebiet ist vor kurzem eine neue Begriffsfigur aufgetaucht: die des Nebenbesitzes. Man findet sie zuerst in der Literatur, die die Entscheidungen des Reichsgerichts zu diesem Problem angreift.

Dem Begriff liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: Ein unmittelbarer Besitzer ist Besitzmittler verschiedener Personen aus verschiedenen, nicht im Sinne des § 868 BGB. voneinander abhängenden Rechtsverhältnissen. Ein Beispiel möge diese Rechtslage erläutern:

Der Verwahrer A einer dem B gehörenden Sache erklärt dem C, daß er die Sache nunmehr für ihn, den C, verwahren wolle, führt sich aber dem B gegenüber auch weiterhin als dessen Besitzmittler auf.

Nach dem heutigen Stand der Lehre dürfte es kaum zweifelhaft sein, daß C hierdurch mittelbarer Besitzer der von A verwahrten Sache geworden ist. Dagegen konzentriert sich der Meinungsstreit um die Frage, was aus dem bisher bestehenden mittelbaren Besitz des B geworden ist. Ist er erloschen oder besteht er noch fort? Falls er fortbesteht, stehen dem unmittelbaren Besitzer zwei mittelbare Besitzer gegenüber: B und C. Sie sind Nebenbesitzer. Die ihnen zustehende Rechtsposition ist der Nebenbesitz.

Es sei hier gleich darauf hingewiesen, daß der Nebenbesitz sich begrifflich nicht auf eine Zweiteilung der mittelbaren Besitzpositionen beschränkt. Theoretisch ist eine Vielzahl derartiger Positionen möglich. Eine Grenze ergibt sich allerdings aus dem Wesen des Besitzes als tatsächlicher Sachherrschaft.

---

1) Przibilla a.a.O. S. 9.

Der Nebenbesitz ist von den bisher bekannten Fällen der Besitzstufung und des mittelbaren Besitzes zu unterscheiden. Zwar ist allen drei Rechtsfiguren eigentümlich, daß der unmittelbare Besitzer Besitzmittler einer oder mehrerer anderer Personen ist. Der Unterschied zwischen der Besitzstufung und dem Nebenbesitz besteht aber darin, daß bei letzterem der unmittelbare Besitzer den mittelbaren Besitzern [2]) Oberbesitz auf Grund verschiedener Rechtsverhältnisse vermittelt, die nicht, wie in § 868 BGB. gefordert, voneinander abhängen. Vom mittelbaren Mitbesitz unterscheidet sich der Nebenbesitz dadurch, daß die beiden oder mehreren mittelbaren Besitzer untereinander nicht durch ein Rechtsverhältnis verbunden sind. Sie stehen gänzlich fremd und beziehungslos nebeneinander.

Man hat diese Rechtslage anschaulich an dem bekannten Beispiel der Besitzleiter [3]) dargestellt. Während mittelbare Mitbesitzer auf der gleichen Stufe einer Besitzleiter und bei der Besitzstufung Besitzmittler und mittelbare Besitzer ebenfalls auf ein und derselben Besitzleiter, wenn auch auf verschiedenen Stufen stehen, stehen die Nebenbesitzer auf verschiedenen Besitzleitern. Sie sind untereinander durch kein Rechtsverhältnis (Besitzleiter) verbunden. In der Regel, aber nicht notwendig, werden sich die Fälle des Nebenbesitzes weiterhin dadurch von den Fällen des Mitbesitzes und der Besitzstufung unterscheiden, daß die Nebenbesitzer glauben werden, sie seien mittelbare Alleinbesitzer, bzw. der eine als Erwerber des Besitzes glaubt, er werde mittelbarer Alleinbesitzer. Beim mittelbaren Mitbesitz ist dagegen in der Regel das Mitbesitzerverhältnis den Beteiligten bekannt. Ebenso bei der Besitzstufung das übergeordnete, bzw. untergeordnete Besitzverhältnis. Die Nebenbesitzer werden auch regelmäßig begründeten Anlaß zu der Annahme der Ausschließlichkeit ihrer Besitzstellung bzw. ihres Besitzerwerbes haben. Das folgt aus der Entstehung des Nebenbesitzes, wozu wohl in den meisten Fällen Irrtum oder Betrug die Veranlassung geben. Das von der Revision in RGE. in JW. 1932 S. 3765 (Fall 5) konstruierte Beispiel möge als Erläuterung dienen:

A in Hamburg hat dort bei dem Lagerhalter B Waren liegen, die er der Bank C lombardiert. Um sich aus einer Geldverlegenheit zu helfen, lombardiert er sodann dieselben Waren bei mehreren anderen Hamburger Banken und einer Berliner Bank. B bringt auf Veranlassung des A an sämtliche Banken die für sie ausgestellten Lagerscheine mit derselben Post zur Versendung.

Die Banken haben gleichstufigen mittelbaren Besitz. Jede glaubt, allein mittelbare Besitzerin der Waren zu sein, da ihr die übrigen Lombardgeschäfte nicht bekannt sind.

---

2) im angeführten Beispiel B und C

3) Wolff, Sachenrecht, § 8, II.

2. Zum Begriff.

Für die vorgehend dargestellte Rechtsfigur ist die von Dölle [4]) eingeführte Bezeichnung „Nebenbesitz" jetzt fast allgemein üblich. Sie ist sowohl von der Rechtsprechung wie auch von den Kommentaren und dem übrigen Schrifttum übernommen worden. Manigk [5]) dagegen bedient sich in seiner Besprechung zur RGE. Bd. 119 S. 153 des Wortes „Besitzspaltung". Lasch [6]) sagt dazu, daß diese Bezeichnung gegenüber dem Wort „Nebenbesitz" glücklicher sei und keine Verwechslung hervorrufen könne. Es ist unersichtlich, wie eine solche Verwechslung möglich sein sollte. Gerade umgekehrt gibt die Bezeichnung „Besitzspaltung" die Möglichkeit einer Verwechslung, da dieser Ausdruck in der Rechtswissenschaft bereits bekannt ist und zur Bezeichnung anderer Rechtsbegriffe gebraucht wird. So bezeichnet Gierke [7]) als Spaltung des Besitzes die Scheidung zwischen unmittelbaren und mittelbarem Besitz.

Zudem trifft der Ausdruck „Besitzspaltung" nicht die Position des einzelnen Berechtigten, sondern er bezeichnet nur den Zustand, der durch die Spaltung des Besitzes entstanden ist. Anders bei dem Ausdruck „Nebenbesitz" [8]). Er ist deshalb für die Bezeichnung dieses Besitzverhältnisses allein richtig.

3. Die Auswirkung des Problems in der Praxis.

Bei der Frage nach der Möglichkeit oder Unmöglichkeit eines mehrfachen gleichstufigen mittelbaren Besitzes handelt es sich nicht um einen bloßen Theorienstreit. Ihre Beantwortung ist zur Fällung billiger Urteile in Besitz- und Eigentumsfragen dringend erforderlich. Sie zeigt ihre Bedeutung vor allem in Verbindung mit dem Problem des gutgläubigen Eigentumserwerbs gemäß § 934 BGB. Hier kann von der Bejahung oder Verneinung eines Nebenbesitzes die Frage abhängen, ob Eigentum übergegangen ist oder nicht.

In den Vorschriften über den Erwerb beweglicher Sachen vom Nichtberechtigten nach den §§ 932 ff. BGB. hat der Gesetzgeber den Besitz zur geeigneten und erforderlichen Grundlage für das Vertrauen des Erwerbers erhoben. Und zwar nicht nur den unmittelbaren, sondern auch den mittelbaren Besitz. Sollen an das Vorhandensein des mittelbaren Besitzes Rechtswirkungen geknüpft werden, so ist eine genaue Abgrenzung der Besitztatbestände unbedingte Voraussetzung.

---

4) JW. 1932 S. 1212, 3673.
5) JW. 1928 S. 398 Anm. zu 3.
6) a.a.O. S. 37.
7) Dt. PrivR. § 114 Z. 5 S. 219.
8) Es empfiehlt sich, vom Nebenbesitzer schlechthin und nicht vom mittelbaren Nebenbesitzer zu sprechen, da in dem Begriff schon notwendig die mittelbare Besitzposition enthalten ist. Für den unmittelbaren Besitz kann diese Bezeichnung nicht gebraucht werden.

Hierzu hat Müller[9]) einige Beispiele gebildet, die durch ihre verschiedenen Lösungsmöglichkeiten die Auswirkungen des Problems verständlich machen können:

Der Eigentümer E hat dem V ein Fahrrad auf Abzahlung verkauft und unter Eigentumsvorbehalt übergeben. V veräußert das Fahrrad unter Vereinbarung eines Besitzkonstitutes (§ 930 BGB.) an den gutgläubigen G 1. G 1[10]) veräußert das Fahrrad weiter an den gutgläubigen G 2. Die Übereignung wird durch Abtretung des Herausgabeanspruches gegen V vorgenommen (§ 931 BGB.). Das Fahrrad bleibt wo es war, bei V.

Trotzdem hat G 2 nach wörtlicher Interpretation des § 934 Halbs. 1 BGB. das Eigentum an dem Fahrrad erworben. Denn G 1 war durch mittelbaren Besitz legitimiert; deshalb ging das Eigentum auf G 2 bereits mit Abtretung des Herausgabeanspruches über.

Schon rein gefühlsmäßig kommt uns dieses Ergebnis unbillig vor. Das Fahrrad ist dort geblieben, wo es mit Willen des Eigentümers hingekommen ist, nämlich bei V. E hat sich vielleicht täglich davon überzeugt, daß V das Rad noch im unmittelbaren Besitz hat und hierdurch dauernd seine Rechte als Eigentümer und mittelbarer Besitzer ausgeübt. Und trotzdem soll er nicht mehr Eigentümer sein! Sein Eigentum wurde ihm unter den Augen fortgezogen, ohne daß es ihm nach außen hin irgendwie erkennbar war. Müller[11]) hat diese Unbilligkeit an Hand der Gesetzesnorm nachgewiesen. Er geht dabei von dem gleichen Fall aus, der nur um eine Rechtsfigur kürzer ist:

Er untersucht nämlich die Rechtsstellung des G 1 und vergleicht sie mit der Rechtsstellung des G 2. G 1 hat zwar mittelbaren Besitz[12]), aber gemäß § 933 BGB. kein Eigentum erworben. [Da er den V im unmittelbaren Besitze der Sache ließ, schenkte er ihm das gleiche Vertrauen, das ihm auch E geschenkt hat, und es besteht kein Grund, jenes Vertrauen stärker zu schützen als man dieses schützt[13]).]

Ein Vergleich der Ergebnisse zeigt nun, daß E sein Eigentum durch das zwischen V und G 1 vereinbarte constitutum possessorium nicht verlieren konnte, während es durch die noch weniger sichtbare Abtretung von G 1 an G 2 nach § 931 BGB. möglich war.

Müller hält dieses Ergebnis für widersinnig, da G 2 viel weniger schutzbedürftig sei als G 1, dessen Vormann V wenigstens sichtbaren unmittelbaren Besitz gehabt habe. Er kommt schließlich zu dem Ergebnis, daß dieser Fall anders liege als der Normalfall des

9) a.a.O. S. 86 ff.

10) G1 erwirbt mittelbaren Besitz, aber nicht Eigentum (§ 933 BGB.)

11) a.a.O. S. 87.

12) § 139 ist nach herrschender Ansicht nicht anwendbar. Außerdem kann der Fall so liegen, daß V dem G1, wenn nicht Eigentum, so doch — in majore minus — mittelbaren Besitz zukommen lassen wollte.

13) M. Wolff, Sachenrecht, § 69, II, 2c.

§ 934 BGB., weil noch ein anderer mittelbarer Besitzer im Spiele sei [14]).

Hier wird das Problem des Nebenbesitzes praktisch. Man fragt sich, was aus dem mittelbaren Besitz des E geworden ist. Wurde er von dem Besitzrecht des G 1 verdrängt, oder äußerte er noch gewisse Nachwirkungen? Schwächte er nicht wenigstens die Position des G 1 so, daß dieser nicht mehr als mittelbarer Besitzer nach § 934 Halbs. 1 BGB. gegenüber G 2 legitimiert war?

Die Anerkennung der Möglichkeit des Nebenbesitzes wirft deshalb zwangsläufig auch die weitere Frage auf, ob ein solcher Besitz Grundlage für einen gutgläubigen Erwerb nach § 934 BGB. sein kann. Diese Frage ist schon oft bei § 934 BGB. problematisch geworden.

Noch häufiger dürfte diese Frage in Verbindung mit § 934 Halbs. 2 BGB. zu entscheiden sein. Das Reichsgericht [15]) hatte sich in den letzten Jahren in kurzen zeitlichen Abständen mehrmals mit diesem Problem zu befassen. Die Sachlage einer dieser im wesentlichen gleichliegenden Fälle mag hier als Beispiel angeführt werden. Es handelt sich dabei um Tatbestände wie etwa den folgenden:

V in Hamburg verkaufte größere Mengen Zucker an K in Berlin. Da die Vermögenslage des K nicht vertrauenswürdig erschien, wurde ihm der Zucker nicht ausgeliefert, sondern bei L in Berlin eingelagert. Aus diesem Lager, das unter der ständigen Kontrolle eines Beauftragten des V stand, konnte K seinen Bedarf fortlaufend insoweit decken, als es der jeweilige Stand seiner Verpflichtungen gegenüber der Lieferfirma zuließ. Das Eigentum an dem ausgelieferten Zucker blieb V vorbehalten. K durfte den Zucker jedoch verarbeiten und veräußern. Als V beim wirtschaftlichen Zusammenbruch des L den bei diesem eingelagerten Zucker herausverlangte, erhob auch eine Bank B Anspruch auf Herausgabe des Zuckers. K hatte nämlich zwecks Erlangung eines Darlehens den bei L lagernden Zucker des V dieser Bank durch Abtretung des ihm angeblich, in Wirklichkeit aber nicht zustehenden Herausgabeanspruchs gemäß § 931 BGB. zur Sicherung übereignet. Die Geschäftsführer der Bank waren gutgläubig. Dagegen hatte L, der seit langem in betrügerischem Einvernehmen mit K handelte, der Bank bestätigt, daß er von der Übereignung des Zuckers Kenntnis genommen habe und diesen nunmehr für die Bank verwahre.

Hier haben V und die Bank Nebenbesitz, falls man nicht annehmen will, daß der mittelbare Besitz des V durch die Willensänderung des L erloschen sei.

Im übrigen ist das Problem dem des vorigen Falles ähnlich. Es kommt für die Entscheidung über den Eigentumsübergang nach § 934 Halbs. 2 BGB. darauf an, ob

---

14) a.a.O. S. 88.

15) RGE. vom 29. 11. 1927 = RGZ. Bd. 119 S. 153. RGE. vom 5. 2. 1932 = RGZ. Bd. 135 S. 75; RGE. vom 11. 11. 1932 = RGZ. Bd. 138 S. 265.

1. durch die bloße Vereinbarung eines Besitzkonstitutes zwischen dem unmittelbaren Besitzer L und dem Sacherwerber B die Besitzmittlungsbeziehung der Sache zu dem bisherigen Eigentümer und mittelbaren Besitzer V tatsächlich und endgültig zerstört wird, oder aber, ob der mittelbare Besitz des V und mit welcher Wirkung als Nebenbesitz fortbesteht;
2. ob der unmittelbare Besitzer, der dem Eigentümer gegenüber zum Besitz verpflichtet bleibt, trotzdem dem Sacherwerber eine solche tatsächliche Beziehung zur Sache, die dessen Eigentumserwerb rechtfertigt, vermitteln kann.

Solche Nebenbesitzlagen sind in der Praxis nicht selten. Das häufige Vorkommen derartiger Nebenbesitzlagen auf handelsrechtlichem Gebiet hat den Gesetzgeber sogar veranlaßt, diese Fälle durch Sonderbestimmungen zu regeln. Als solche sind die §§ 648 und 649 HGB. anzusehen.

Im Seeverkehr werden in der Regel mehrere Konossemente über ein und dieselbe Fracht ausgestellt. Da der Eigentümer eines Konossementes mittelbarer Besitzer des Frachtgutes ist, kommen auf diesem Gebiet die besprochenen Nebenbesitzlagen stets dann vor, wenn die mehreren Konossemente in verschiedene Hände geraten. Im Interesse der Rechtssicherheit hat der Gesetzgeber deshalb in den §§ 648 und 649 HGB. den Eigentumserwerb gemäß §§ 931 und 934 BGB. durch folgende Regelung ersetzt:

Sind mehrere Konossemente ausgestellt worden, so wird der Eigentumserwerb an der Fracht durch Erwerb eines der Konossemente erst dann vollendet, wenn diese dem Konossementinhaber vom Schiffer ausgehändigt worden ist, bevor sich ein anderer Konossementinhaber gemeldet hat (§ 648 HGB.). Fordert aber noch ein anderer Konossementinhaber Aushändigung der Fracht, so bekommt sie derjenige, der zuerst das Konossement von dem gemeinsamen Vormann erworben hat.

Durch diese Vorschriften ist auf dem speziellen Gebiet des Seerechtes die Wirksamkeit des mittelbaren Besitzes als Voraussetzung eines gutgläubigen Eigentumserwerbes zwar abgeschwächt worden. Der Gesetzgeber begegnet aber dadurch der Gefahr, daß bei zweifelhaften Fällen eines mehrfachen gleichstufigen mittelbaren Besitzes Verletzung der Rechtssicherheit eintritt. Man kann aber nicht sagen, daß die Rechtssicherheit in diesen Fällen auf Kosten der Verkehrssicherheit erreicht worden sei.

4. Der Nebenbesitz in der Rechtsprechung.

Die Möglichkeit eines Nebenbesitzes ist keineswegs allgemein anerkannt. Das Reichsgericht hatte in den letzten Jahren mehrfach Gelegenheit, zu diesem Problem Stellung zu nehmen. Es hat sich stets in verneinendem Sinne entschieden. Die dem Problem eigentlich vorausgehende Frage, nämlich, ob durch die Begründung eines

neuen Besitzmittlungsverhältnisses der Besitzstand des bisherigen mittelbaren Besitzers beseitigt wird, hat es schon früher stets bejaht.

Schon in RG. Bd. 89 S. 348 ff. geht der Senat davon aus, daß durch die Begründung eines neuen Besitzmittlungsverhältnisses für die damaligen Beklagten der mittelbare Besitz an den streitigen Klavieren, der bis dahin der Klägerin zugestanden habe, beseitigt worden sei. Im selben Sinne ist auch die Entscheidung in RG. JW. 1926 S. 800 Nr. 9 zu verstehen.

Deutlicher nimmt das Reichsgericht in RG. Bd. 105 S. 413 ff. zu dem Problem Stellung, da es hier erstmalig die Möglichkeit eines Nebenbesitzes behandelt:

Der Kläger hat bei Schl. und U. Bromkali eingelagert, das von dem Beklagten gepfändet wird. Der Senat nimmt an, daß durch die Pfändung des Beklagten der mittelbare Besitz des Klägers erloschen sei. Er führt dazu aus: „Die Möglichkeit, daß Schl. und U. nach der Pfändung etwa zugleich für den Kläger und den Gerichtsvollzieher den Besitz ausgeübt hätte, sei nicht gegeben. Sie werde durch das Rechtsverhältnis, in welchem Schl. und U. zu dem Gerichtsvollzieher gestanden habe, schlechthin ausgeschlossen. Dem Gerichtsvollzieher gegenüber sei Schl. und U. verpflichtet, die Ware jederzeit zur Veräußerung herauszugeben. Damit ließe sich die Pflicht, die Ware für den Kläger zu verwahren, nicht vereinigen."

Den gleichen Standpunkt, aber ohne weitere Begründung, nimmt das RG. in Bd. 119 S. 152 ff. ein: Die Firma D hatte größere Posten Stahlwellen auf Lager, die zum Teil der Klägerin, zum Teil der Beklagten gehörten. Im Oktober 1918 verkaufte die Beklagte Stahlwellen an die M.-Werke und ließ an diese durch die Firma D zur Erfüllung des Kaufvertrages unabsichtlich auch drei der Klägerin gehörige Stahlwellen zum Versand bringen. Die Klägerin verlangt von der Beklagten Schadensersatz. Die Klage stützt sich u. a. auf Eigentum.

Es war zunächst zu entscheiden, ob die Klägerin durch die zwischen der Firma D und der Beklagten getroffenen Vereinbarung, „die gesamten Wellen an die M.-Werke zum Versand zu bringen", den mittelbaren Besitz an ihren bei D lagernden Wellen verloren, und ob die Beklagte ihn erlangt habe. Der Senat führt dazu aus[16]):

„Zur Erlangung des mittelbaren Besitzes an einer Sache genüge die Begründung eines Rechtsverhältnisses der in § 868 BGB. bezeichneten Art. Hat der unmittelbare Besitzer, obwohl er einem anderen gegenüber zum Besitz einer Sache gemäß § 868 BGB. berechtigt oder verpflichtet war, wegen dieser Sache mit einem Dritten ein ebensolches Rechtsverhältnis begründet, demzufolge er nunmehr den Besitz für diesen ausüben will, so ist dadurch der Besitzstand des früheren mittelbaren Besitzers beseitigt worden (RGR.Komm. Anm. 6 zu § 868).

Ob dies mit Recht oder Unrecht geschah, ist für den tatsächlichen Besitzerwerb des Dritten ohne Bedeutung. Es kommt auch

16) RG. Bd. 119 S. 153/54.

für die Tatsache des Besitzerwerbs nicht darauf an, ob eine Besitzänderung beabsichtigt war, oder ob der unmittelbare Besitzer und der Dritte über die Eigentumsverhältnisse an der Sache im Irrtum waren."

Im folgenden hatte das Reichsgericht in drei weiteren Fällen [17]) sich darüber hinaus eingehend mit der Frage zu befassen, ob nicht ein — gleichviel wie gearteter — Nebenbesitz möglich sei. Es handelte sich um die Zuckerfälle [18]).

Der Zivilsenat des Hanseatischen Oberlandesgerichtes [19]), das einen dieser Fälle in der Berufungsinstanz zu entscheiden hatte, hatte nämlich zu der vom Reichsgericht in RGZ. Bd. 119 S. 153 eingenommenen Stellung Bedenken geäußert und wichtige Einschränkungen gemacht. Er führt aus:

„... Der Besitz des ersten mittelbaren Besitzers gehe dann verloren, wenn die spätere Verfügung des unmittelbaren Besitzers den ersten mittelbaren Besitz ausschließe. Da sei aber nicht immer der Fall, wenn ein neues Besitzmittlungsverhältnis gemäß § 868 BGB. begründet würde. ... Das Verwahrungsverhältnis bestehe beiden gegenüber tatsächlich, solange nicht einer die Herausgabe der Ware tatsächlich verlangt und erreicht habe. ... Solange das nicht der Fall sei, und der Dritte die Ware als Verwahrer besitze, seien die Voraussetzungen des § 868 beiden mittelbaren Besitzern gegenüber gegeben, da der Dritte (L) beiden gegenüber ... auf Zeit zum Besitz berechtigt und verpflichtet sei. Es komme hier wie bei allen Besitzverhältnissen auf das Tatsächliche an. Maßgebend sei, ... daß jeder der mittelbaren Besitzer, solange sich die Ware bei dem Dritten befinde, auf Grund des von dem Dritten mit ihm abgeschlossenen besitzvermittelnden obligatorischen Rechtsverhältnisses die tatsächliche Macht habe, von dem Dritten die Herausgabe der Ware zu fordern. Für die hiernach bestehende Rechtsposition der beiden mittelbaren Besitzer sei es unerheblich, daß durch Geltendmachung des Herrschaftsrechtes des einen mittelbaren Besitzers die Unmöglichkeit der Herausgabe an den anderen mittelbaren Besitzer habe entstehen können. Eine Entsetzung des ersten mittelbaren Besitzers aus dem mittelbaren Besitz finde nicht durch den Abschluß des obligatorischen Rechtsverhältnisses mit dem zweiten mittelbaren Besitzer statt, sondern eine Änderung der zunächst gleichen tatsächlichen Machtverhältnisse beider mittelbarer Besitzer finde erst dadurch statt, daß einer von ihnen die Herausgabe der Lagerware an sich durchführe und damit den unmittelbaren Besitz des Dritten und zugleich den mittelbaren Besitz des anderen mittelbaren Besitzers beende."

17) RGZ. Bd. 135 S. 75 ff.; RG. in JW. 1932 S. 3763 ff.; RGZ. Bd. 138 S. 265 ff.

18) Bezüglich des im wesentlichen gleichen Sachverhaltes sei auf S. 10 verwiesen.

19) Hans. RGZ. 1932 Abt. B S. 410 ff. (S. 414).

Das Reichsgericht hat einen entgegengesetzten Standpunkt eingenommen und in allen drei Fällen demgemäß entschieden. Die Begründung ist in den beiden ersten Fällen [20]) fast gleichlautend. In dem letzten bisher zur Entscheidung stehenden Falle [21]) wird auf die beiden ersten Fälle Bezug genommen.

Das Reichsgericht [22]) führt aus:

„Überall, wo im BGB., namentlich im 1. Abschnitt und im 3. Titel des dritten Abschnittes des Sachenrechts vom Besitz die Rede ist, wird mit bestimmtem Artikel von „dem Besitz" gesprochen, nicht etwa von „einem Besitzverhältnis". Schon dadurch wird deutlich bezeugt, daß sich das Gesetz den Besitz als eine ausschließliche Gewalt über die Sache vorstellt, nicht anders, wie es beim Eigentum der Fall ist (§ 903 BGB.). Gibt es an einer Sache nur den Besitz, also einen Besitz, so kann es auch nur einen Besitzer geben. Dieser Satz würde als Ausfluß des § 854 BGB. allgemein gelten, wenn nicht in dem durch diesen Paragraphen eingeleiteten Abschnitt gewisse Sondervorschriften getroffen wären. So sieht § 866 BGB. den Fall gemeinschaftlichen Mitbesitzes mehrerer Personen vor. Im § 868 wird dann bestimmt, daß bei Bestehen eines Rechtsverhältnisses der dort angegebenen Art auch der andere (mittelbarer) Besitzer sein solle; wäre dies nicht besonders verordnet, so hätte nach der Grundregel des § 854 BGB. allein der unmittelbare Besitzer als Besitzer zu gelten. Endlich wird in § 871 BGB. die Möglichkeit eröffnet, daß in weiterer auf dieselbe Wurzel zurückgehender Staffelung auch noch andere mittelbare Besitzer sein können. Damit ist aber der Kreis derjenigen Personen geschlossen, die am Besitz einer einheitlichen Sache beteiligt sein können; denn die Schaffung anderer rechtlicher Gestaltungen im Wege der Vereinbarung ist nach allgemeinen Grundsätzen des Sachenrechtes unstatthaft. Die mehreren Besitzer müssen entweder durch das Band einer gemeinschaftlichen rechtlichen Beziehung aneinandergekettet sein (Mitbesitz), oder ihre Beteiligung muß — sei es nur in einer Verbindung, sei es in mehreren aufeinanderfolgenden Stufen von Verbindungen — auf einem Verhältnis der in § 868 BGB. gedachten Art aufgebaut sein (mittelbarer Besitz). Dagegen ist der Gedanke, daß durch mehrere von einander unabhängiger Besitzmittlungsverhältnisse mehrere Personen nebeneinander durch Verbindung mit demselben Besitzmittler einen gleichstufigen mittelbaren Besitz an einer Sache erlangen und gleichzeitig behaupten könnten, dem Gesetz offenbar fremd. Es kennt auch nur einen mittelbaren Besitz und drückt sich auch hier dementsprechend aus (§ 869 und § 871: der mittelbare Besitzer, § 870: der mittelbare Besitz). Namentlich die Wortfassung des § 870 ist bezeichnend: Hätte man die Möglichkeit mehrerer Besitzverhältnisse aus gesonderten Beziehungen zu dem-

20) RGZ. Bd. 135 S. 75 ff.; RG. in JW. 1932 S. 3763 ff.
21) RGZ. Bd. 138 S. 265 f.
22) RG. in JW. 1932 S. 3763 ff. Nr. 4.

selben Besitzmittler berücksichtigen wollen, so wäre an Stelle von „der mittelbare Besitz" der Ausdruck „ein mittelbares Besitzverhältnis" am Platze gewesen.

Neben diesen Erwägungen, die dem Wortlaut und Sinn des Gesetzestextes zu entnehmen sind, sprechen aber auch innere Gründe dafür, daß, wie dargelegt, Einheitlichkeit und Ausschließlichkeit für den mittelbaren Besitz gefordert werden müssen. Wenn schon es dem unmittelbaren Besitzer freisteht, seinerseits ein neues Besitzmittlungsverhältnis zu schaffen, so kann ihm doch nicht die Befugnis zuerkannt werden, die dadurch eintretenden Rechtsfolgen von sich aus zu bestimmen und dabei in die grundsätzliche Ausschließlichkeit des Besitzes einzugreifen. Stände es in seinem Belieben, mehrere nebeneinander — vielleicht während längerer Zeit — herlaufende mittelbare Besitzberechtigungen zu begründen, so würde dadurch große Rechtsunsicherheit erzeugt. Es wäre z. B. ganz unklar, welchem der mittelbare Besitzer die in § 1006 BGB. geordnete Eigentumsvermutung zugute kommen sollte. Deshalb muß § 686 BGB. dahin ausgelegt werden, daß der unmittelbare Besitzer die Besitzvermittlung nur in Richtung auf einen anderen, d. h. auf eine bestimmte Person oder Personengemeinschaft betätigen und nur diese zum mittelbaren Besitzer machen darf; zum mindesten dürfen diejenigen, für die er den Besitz vermitteln will, nicht in unvereinbarem Gegensatz zueinander stehen. Ein solcher Gegensatz wäre aber stets dann vorhanden, wenn — wie hier — jeder Beteiligte den alleinigen mittelbaren Besitz beansprucht. Räumt also der unmittelbare Besitzer durch eine bestimmte, äußerlich hinreichend feststellbare Handlung den mittelbaren Besitz, der vorher für A begründet war, nunmehr dem B ein, so muß er in allen Fällen des gekennzeichneten unvereinbaren Gegensatzes die Rechtsfolge in Kauf nehmen, daß damit der mittelbare Besitz des A erlischt, einerlei, ob der unmittelbare Besitzer dieses beabsichtigt hat oder nicht. Auf dessen Willensentschließung kann es insoweit in keiner Weise ankommen; es ist wiederum darauf hinzuweisen, daß im Sachenrecht im Gegensatz zum Recht der Schuldverhältnisse für eine den Gesetzesrahmen überschreitende freie Ausgestaltung der rechtlichen Verhältnisse kein Raum ist. Die Verschiedenheit dieser Rechtsgebiete tritt hier auch darin hervor, daß zwar die schuldrechtlichen Beziehungen dem ursprünglichen mittelbaren Besitzer und dem Besitzmittler — im vorliegenden Falle die Rechte und Pflichten aus dem zwischen der Beklagten und der Firma P abgeschlossenen Verwahrungsvertrage — weiterhin unverändert fortbestehen, daß aber sachenrechtliche Wirkungen dieses schuldrechtlichen Verhältnisses nicht mehr stattfinden können (vgl. Planck-Brodmann a.a.O. S. 93/94).

Der zur Entscheidung stehende Rechtsstreit zeigt zudem, daß eine rechtliche Anerkennung nebeneinander bestehender und sich entgegenstehender Besitzverhältnisse mit verschiedener Wurzel (i. S. des § 868 BGB.) sehr zweifelhafte Fragen mit sich brächte, deren Lösung zu unannehmbaren Gestaltungen führen würde. Denn auch

nach dem Gutachten von Martin Wolff vom 7. Mai 1931, auf welches sich die Revision stützt, soll solchenfalls der dem zweiten mittelbaren Besitzer verschaffte Besitz nicht ausreichen, um der Anforderung der Besitzerlangung zu genügen, wie sie der 2. Halbsatz des § 934 BGB. aufstellt. Damit würde dieser Besitz zu einem Besitz zweiten Ranges gestempelt, der an Kraft dem Besitze ersten Ranges nachstände — Unterscheidungen, die offensichtlich dem Besitzrecht der §§ 854 ff. BGB. völlig fremd sind."

5. Der Standpunkt der Wissenschaft:

a) im Hinblick auf die Rechtsprechung.

Diese Anschauung des Reichsgerichts ist nicht unwidersprochen geblieben. Die von der Kritik vertretenen Ansichten sind durchaus nicht einheitlich.

Manigk[23]) greift in seiner Besprechung zu RGE. Bd. 119 S. 152 den vom RG. entwickelten Satz an, daß der Besitzstand des früheren mittelbaren Besitzers stets dadurch beseitigt werde, daß der unmittelbare Besitzer, obwohl er einem anderen gegenüber zum Besitz berechtigt oder verpflichtet war, bezüglich dieser Sache mit einem Dritten ein solches Rechtsverhältnis begründet. Er hält den Satz in dieser allgemeinen Fassung für unrichtig. In seiner Begründung stützt er sich auf die zwischen dem Besitzmittler und dem mittelbaren Besitzer bestehenden schuldrechtlichen Beziehungen. Diese würden nicht dadurch beseitigt, daß der unmittelbare Besitzer mit einem Dritten ein entsprechendes Rechtsverhältnis eingehe. Durch den Abschluß eines weiteren Rechtsverhältnisses werde der bisherige mittelbare Besitzer nicht entsetzt. Wenn Manigk weiter ausführt, daß der mittelbare Besitz der Klägerin erst mit dem Verlust des unmittelbaren Besitzes auf Seiten des Besitzmittlers D verloren gehe, so muß man daraus einen dem Reichsgericht gerade entgegengesetzten Standpunkt entnehmen, nämlich daß die Vereinbarung weiterer Besitzmittlungsverhältnisse zur Entsetzung des bisherigen mittelbaren Besitzers keinesfalls ausreiche. Zu der dadurch geschaffenen Rechtslage führt Manigk aus: „Es liegt eine Mehrheit mittelbarer Besitzposition vor, die als auf selbständigem Rechtstitel beruhend nicht eine sogenannte Besitzstufung enthalte, sondern eine Besitzspaltung."[24]) Hiermit bejaht Manigk die Möglichkeit eines Nebenbesitzes.

Die Möglichkeit eines Nebenbesitzes bejaht auch Dölle[25]), allerdings mit wesentlich anderer Begründung und in beschränkterem Umfang.

Dölle hält es zwar auch — wie das RG. — für unmöglich, daß der Besitzmittler die ihm obliegenden schuldrechtlichen Bindungen

23) in JW. 1928 S. 398 Anm. zu Nr. 3.
24) Siehe oben S. 3.
25) in JW. 1932 S. 1213 f. zu Nr. 13; S. 3763 zu Nr. 4.

durch sein Vorgehen abstreifen könne. Er sieht aber in den schuldrechtlichen Bindungen nicht das allein wirksame Band zwischen Besitzmittler und Oberbesitzer. Wesentlich für den mittelbaren Besitz sei, daß der Besitzmittler die Sache „als" Träger eines der in § 868 BGB. genannten Verhältnisses besitze, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet sei. Mit dieser Formulierung sei ein auf das äußere Verhalten des Besitzmittlers abgestelltes Element in die Erfordernisse des mittelbaren Besitzes gelegt. Dölle veranschaulicht das folgendermaßen: „Es (das subjektive Element) bedeute nicht nur (negativ), daß das erwähnte Verhältnis als ein gültiges nicht zu existieren brauche, wenn nur der Besitzmittler so besitze, wie wenn es existiere, sondern es besage ferner (positiv), daß die objektiv gültige Existenz des Verhältnisses nicht ausreicht, vielmehr der Besitzmittler außerdem so besitzen müsse, daß sein Besitz Ausdruck des den Besitz vermittelnden Verhältnisses sei." Aus dieser Anschauung kommt Dölle deshalb zu dem Ergebnis, daß durch den Abschluß eines weiteren Besitzmittlungsverhältnisses das bisher bestehende nicht notwendig stets und unter allen Umständen erlösche. Ob dieses der Fall sei, müsse „aus dem in seiner Gesamtheit zu würdigenden Verhalten [26]) des Besitzmittlers geschlossen werden. Als Verwahrer für A besitze B nicht mehr, wenn er ein Verhalten an den Tag lege, das nach der Verkehrsanschauung mit seiner Funktion, dem A eine (wenn auch gelockerte) Sachherrschaft zu vermitteln, in Widerspruch stehe. Das sei nicht nur der Fall, wenn er ausdrücklich erkläre, nur noch für einen Dritten verwahren zu wollen, sondern auch dann, wenn er mit einem anderen ein Verhältnis begründe, das mangels einer entgegenstehenden Vereinbarung nur die Bedeutung haben könne, diesem eine ausschließliche mittelbare Sachherrschaft zu vermitteln."

Zum Beweis für seine Darstellung über die Möglichkeit des Nebenbesitzes weist Dölle auf den Sinn und inneren Gehalt der Vorschrift des § 868 BGB. hin, in der tatsächlich allein die Lösung des Problems zu finden ist. Gegenüber der Beweisführung des Reichsgerichtes, die sich auf den reinen Wortlaut des § 868 BGB. stützt, dürfte sie mehr Anhänger als die des Reichsgerichtes haben.

Dieser Ansicht haben sich auch Probst [27]) und Lasch angeschlossen. Während Lasch sich auf die Argumentation von Dölle stützt, entwickelt Probst die Möglichkeit des Nebenbesitzes aus der Besitzlehre, insbesondere aus § 868 BGB. heraus. Er kommt zu folgendem Ergebnis [27]): „Der von der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz, daß der mittelbare Besitz des Oberbesitzers immer erlösche, wenn der Unterbesitzer mit einem Dritten ein constitutum possessorium vereinbare, könne mit dem Wesen des mittelbaren Besitzes als eines tatsächlichen Verhältnisses nicht vereinbart werden [28]). Der Besitz sei kein dingliches Recht an einer Sache, das nur

26) Dölle in JW. 1932 S. 3763 zu Nr. 4.
27) Probst a.a.O. S. 214.
28) Probst a.a.O. S. 214.

entweder dem einen oder dem anderen oder mehreren untereinander rechtlich verbundenen zustehen könne, sondern ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis in Beziehung auf eine Sache, und dieses Herrschaftsverhältnis könnten mehrere Personen unabhängig voneinander haben [29]).

Die Möglichkeit eines Nebenbesitzes erkennen außerdem M. Wolff [30]) und Staudinger-Kober [31]) an.

Dagegen hat sich Herrschel [2]) in seiner Ausführung zu RGE. Bd. 138 S. 265 der Ansicht des Reichsgerichtes angeschlossen, obwohl er selbst eine absolut klare, zusammenfassende Formulierung des Ergebnisses in den erwähnten Reichsgerichtsurteilen vermißt. Die Ablehnung des Nebenbesitzes hält er aus drei Gründen für erforderlich:

1. weise unser Besitzrecht keine Gestaltungsfreiheit auf. Da das BGB. weder den geschilderten Begriff, noch die ihm zugesprochene geringere Rechtswirkung [33]) kenne, dürfte also mit ihm nach heutigem Recht nicht gearbeitet werden;
2. würde die Anerkennung des Begriffes Rechtsunsicherheit schaffen und die heute schon bedauerlich geschwächte Publizitätsfunktion des Besitzes noch weiter abbauen;
3. könnten alle einschlägigen Fälle ohne Annahme des Begriffes zum mindesten einer ebenso gerechten, wenn nicht einer gerechteren Lösung zugeführt werden.

Auch Tettenborn [34]) lehnt die Möglichkeit des Nebenbesitzes ab. Er kommt im Hinblick auf die Interessenlage beim gutgläubigen Eigentumserwerb nach § 934 BGB. zunächst zu dem Ergebnis, daß es nicht einzusehen sei, warum der bisherige Eigentümer zugunsten eines neuen Gläubigers seines mittelbaren Besitzes verlustig gehen sollte. Wenn zu beiden ein Rechtsverhältnis bestehe, und auch die willensmäßige Einstellung des unmittelbaren Besitzers beiden gegenüber die gleiche sei, befände sich der „neue" Gläubiger gegenüber dem „alten" Eigentümer keineswegs in einer besseren und schutzwürdigeren Lage, da er vertragsmäßig und der subjektiven Einstellung des unmittelbaren Besitzers nach bestenfalls in demselben tatsächlichen Verhältnis zu der Sache stehe. Im Ergebnis hält er aber einen Nebenbesitz nicht für möglich, da er mit der Systematik des BGB. und unseren Rechtsanschauungen nicht vereinbar sei. Auch das Argument der Rechtsuntersicherheit und die bereits angeführte Beweisführung des Reichsgerichts vermissen wir bei ihm nicht. Darüber hinaus beruft er sich auf eine zu weite Lockerung

29) Probst a.a.O. S. 215.

30) Sachenrecht § 8, II, § 15, II, 2 und seine in RGZ. Bd. 135 S. 75 angeführten Rechtsgutachten vom 7. 5. und 14. 6. 1931.

31) § 868, V, 2b.

32) in JW. 1933 S. 1997 zu Nr. 2.

33) Herschel meint hiermit das bereits erwähnte Problem, ob der Nebenbesitz als Grundlage eines Gutglaubenserwerbes ausreicht oder nicht.

34) a.a.O. S. 27.

des dem Besitzbegriff innewohnenden Gewaltverhältnisses und fürchtet insbesondere Rechtsunsicherheit durch die mit dem Nebenbesitz verbundenen verschiedenen rechtlichen Qualifikationen des mittelbaren Besitzes.

Zu einer eigenartigen Zwischenlösung ist Müller[35]) gekommen. Er folgt dem Reichsgericht in der Auffassung, daß ein mittelbarer Besitz erlösche, wenn der unmittelbare Besitzer ein Besitzmittlungsverhältnis mit einem Dritten abschließe. Er sagt dann aber, daß der untergegangene mittelbare Besitz des bisherigen Eigentümers doch nicht ganz spurlos verschwunden sei, sondern noch eine gewisse Nachwirkung[36]) habe, er hindere nämlich den Eigentumserwerb eines Dritten nach § 934 BGB.

Soweit die Stellungnahme in der Literatur im Hinblick auf die Rechtsprechung.

b) Der Standpunkt der Wissenschaft im allgemeinen.

Aber auch bereits vor der Beleuchtung dieses Problems durch die Praxis hatte sich die Wissenschaft damit befaßt. Allerdings war man über Andeutungen kaum hinausgekommen. Auch der Begriff war noch nicht bekannt.

So dürfte Wolff[37]) bereits 1902 unter der Bezeichnung „mittelbarer Mitbesitz" die Möglichkeit eines mehrfachen gleichstufigen mittelbaren Besitzes anerkannt haben. Er führt dazu[38]) aus: „Mittelbarer Mitbesitz liegt aber nicht nur dann vor, wenn die Sache an die beiden mittelbaren Besitzer gemeinsam herausgegeben werden kann, sondern insbesondere auch dann, wenn der Dritte (unmittelbare) Besitzer nach seinem Belieben an jeden der Mitbesitzer leisten kann, § 428 BGB."[39]) Auch Przibilla müßte die Möglichkeit eines Nebenbesitzes anerkennen, wenn er sagt[40]), daß der unmittelbare Besitzer keineswegs allein durch den Abschluß eines auf die Veräußerung der Sache hinzielenden Vertrages den mittelbaren Besitz abschütteln könne, selbst dann nicht, wenn er ein constitutum possessorium begründe. Denn hierdurch würde keineswegs die Grundlage seines bisherigen Besitzes dem mittelbaren Besitzer gegenüber verschoben; diesem gegenüber besitze der Mittler vielmehr nach wie vor als Nießbraucher, Pfandgläubiger usw. Da Przibilla den mittelbaren Besitz nicht von einem objektiv gültigen Rechtsverhältnis abhängig macht, sondern das Hauptgewicht auf die Anerkennung, den Wil-

35) in Arch. f. ziv. Prax. Bd. 17 S. 86 ff.

36) Die Nachwirkung entwickelt Müller aus dem Grundgedanken des § 933 BGB.

37) in Jher. Jahrb. Bd. 44 S. 148.

38) a.a.O. Anm. 12.

39) Es mag im Hinblick auf die Anführung des § 428 BGB. zweifelhaft sein, ob Wolff gerade die als Nebenbesitz bezeichneten Fälle gemeint hat.

40) a.a.O. S. 79.

len [41]) des Mittlers, für den Oberbesitzer zu besitzen, legt, müßte er folgerichtig in diesen Fällen einen Nebenbesitz anerkennen.

Sogar den Vertretern derjenigen Anschauung, die als Voraussetzung des mittelbaren Besitzes ein gültiges Rechtsverhältnis verlangen, das gerade diese bestimmte Sache, an der der mittelbare Besitz vermittelt werden soll, erfaßt, ist die Anerkennung des Nebenbesitzes möglich, wie Rosenberg [42]) beweist. Er führt aus: „... Es liegt dann möglicherweise mehrfacher mittelbarer Besitz vor." Diese Formulierung wird durch eine Verweisung verdeutlicht, wo es heißt: „... Die Person des mittelbaren Besitzers würde durch die Zuständigkeit des Herausgabeanspruches bestimmt. Dieser Anspruch könne wie jeder Anspruch mehreren Personen zustehen; entweder in der Art der (auch „unechten") Gesamtgläubigerschaft (§ 428 BGB.): mehrfacher mittelbarer Besitz; oder in der Form der sogen. Gläubigerschaft zur gesamten Hand (§§ 432, 1011, 2039 BGB.) gemeinschaftlicher mittelbarer Besitz."

Unter der ersten Form dürfte Rosenberg das verstehen, was wir heute als Nebenbesitz bezeichnen.

6. Kritik.

Unter den vorliegenden Verhältnissen kann man von einer herrschenden Meinung nicht sprechen. Zwar ist die Rechtsprechung des Reichsgerichts konsequent der einmal aufgestellten Behauptung von der Unmöglichkeit des Nebensitzes gefolgt. Der Beweis für die Richtigkeit dieser Behauptung ist aber noch nicht erbracht und dürfte auch gerade vom Reichsgericht nicht zu erwarten sein; und zwar deshalb, weil das Reichsgericht unter den zwischen dem unmittelbaren und mittelbaren Besitzer bestehenden Beziehungen den Willen des unmittelbaren Besitzers, dem mittelbaren Besitzer Oberbesitz zu vermitteln, ganz besondere Bedeutung beimißt. Es hat diese subjektive Theorie sogar so weit entwickelt, daß es die subjektive Einstellung des Besitzmittlers für schlechthin entscheidend hält. Es sagt deshalb folgerichtig, daß der mittelbare Besitz untergeht, wenn der unmittelbare Besitzer seinen Willen, nicht mehr für den mittelbaren Besitzer besitzen zu wollen, irgendwie kundgibt.

Vom Boden dieser Theorie aus muß man dagegen folgerichtig die Möglichkeit des Nebenbesitzes anerkennen, wenn ein unmittelbarer Besitzer tatsächlich und unzweifelhaft den Willen zu erkennen gibt, daß er nicht nur einem, sondern zwei oder mehreren Anderen Oberbesitz vermitteln will. Daß derartige Fälle praktisch werden können, beweisen die eingangs geschilderten Beispiele.

Allein — die Untersuchung des Problems darf nicht an diesem Punkt ansetzen und lediglich einen Gedankengang fortführen, wäh-

41) a.a.O. S. 26, 76 und 78.
42) a.a.O. S. 144c und 139, III, 3b.

rend die eigentlichen Grundlagen der Besitzlehre außer acht gelassen werden. Die Untersuchung hat vielmehr folgendes zu beachten:

1. Auszugehen ist von der Vorschrift des § 868 BGB.[43]), in der der Gesetzgeber die Voraussetzungen des mittelbaren Besitzes fixiert hat. Diese Norm muß Richtschnur jeder Untersuchung sein[44]). Das Gesetz kennt den Begriff „Nebenbesitz" nicht. Da er seinem Wesen nach mittelbarer Besitz ist, ist durch Deutung des Gesetzeswortlautes des § 868 BGB. zu prüfen, ob eine solche Besitzfigur möglicherweise als angeordnet zu gelten hat. Diejenige der mehreren Deutungen, die dem Sinn des § 868 am besten entspricht und den vom Gesetzgeber beabsichtigten Erfolg am besten erreicht, ist die richtige. Da der Gesetzgeber diesen Erfolg durch Erlaß des Gesetzes herbeiführen wollte, ist das interessengemäße Gebot immer das Wahrscheinlichste.
2. Bei dieser Untersuchung darf nicht übersehen werden, daß der mittelbare Besitz heute ein lebendiges Rechtsgebilde mit besonderem Charakter ist. Eine diesem widersprechende Lösung mag theoretisch richtig sein, für die Praxis ist sie wertlos. Es sind deshalb unter Berücksichtigung von Rechtsprechung und Literatur die Elemente des mittelbaren Besitzes, so, wie sie heute als anerkannt zu gelten haben, vorweg herauszustellen.
3. Ergibt sich auf Grund dieser Untersuchungen, daß der Nebenbesitz keine Denkunmöglichkeit und dem Gesetz konform ist, so sind die von der Rechtsprechung und der Literatur für und gegen den Nebenbesitz vorgebrachten Argumente auf ihren Wert und ihre Richtigkeit zu prüfen, sofern sie nicht bereits im Laufe der Darstellung behandelt worden sind.

Nur durch eine Untersuchung, die diese Punkte berücksichtigt, kann man zu einer brauchbaren Erkenntnis kommen und nicht durch eine auf bloßer Wortlautinterpretation aufgebaute Beweisführung.

II. DER WEG ZUR LÖSUNG DES PROBLEMS.

1. Geschichtlicher Rückblick.

Das Recht ist lebendig und entwickelt ständig neue Formen. Das heute geltende Recht kann nur dann ganz verstanden werden, wenn man die Zusammenhänge der Entwicklung betrachtet und verfolgt, warum sich das Recht gerade so und nicht anders entwickelt

43) Siehe Dölle in JW. 1932 S. 1212 Anm.

44) Insbesondere wird sich die Untersuchung darauf zu richten haben, nach welchen Grundsätzen sich in Fällen, wie sie eingangs angedeutet sind, der Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes vollzieht.

hat. Die Fortbildung des Rechts ist die stete Folge eines anderen Denkens oder eines praktischen Bedürfnisses. Ihre Kenntnis läßt wichtige Schlüsse auf die Auslegung des Gesetzes und Ergänzung seiner Lücken zu. Deshalb sei vor Eintritt in die Erörterung der Kriterien des mittelbaren Besitzes im geltenden Recht in kurzem Abriß die geschichtliche Entwicklung dieses Institutes dargestellt.

a) Das Römische Recht.

Die Römer kannten keine Teilung des Besitzes in der Art unseres unmittelbaren und mittelbaren Besitzes. Besitzer (possessor) war derjenige, der eine Sache als ihm gehörend (mit dem animus domini) besaß. Daneben war derjenige, der eine Sache zwar körperlich innehatte, aber einen anderen Besitzer anerkannte(also in der Regel der heutige Besitzmittler) kein Besitzer (detentor). Ihm kamen die Rechtswirkungen des Besitzes, z. B. die Ersitzung, nicht zu.

Aus Verkehrsrücksichten hatte das Römische Recht von diesem Grundsatz bald Ausnahmen machen müssen, da es nicht tragbar war, alle Detentoren ohne Besitzschutz zu lassen. Es legte deshalb dem Pfandgläubiger, Prekaristen und Sequester einen juristischen (Fremd)-Besitz bei, neben dem auch der andere, der den animus domini hatte, gewisse, sonst nur an den Besitz geknüpfte Rechte, in erster Linie das Ersitzungsrecht hatte.

b) Das germanische Recht.

Die Regelung des germanischen Besitzrechtes war ursprünglich der des Römischen Rechtes ähnlich, knüpfte es doch ebenfalls den Besitz an die faktische Herrschaft über die Sache. Dieses Verhältnis des Rechtssubjektes zur Sache war die Gewere. Sie stand in frühester Zeit nur dem Eigentümer zu.

Schon in fränkischer Zeit erweiterte sich dieser Begriff. Als Gewereinhaber galt jetzt auch derjenige, der eine Sache nutzte, ohne zugleich der Eigentümer zu sein. Dabei war es nicht erforderlich, daß der Gewereinhaber die Sache tatsächlich „hatte", also in räumlich engster Beziehung zu ihr stand. Entscheidend war, daß er sie nutzte.

Im mittelalterlichen deutschen Recht entwickelten sich hinsichtlich engster Beziehung zu ihr stand. Entscheidend war, daß er sie geschichtlichen Wurzeln unseres heutigen mittelbaren und unmittelbaren Besitzes ansehen kann: die lediglich Gewere und die hebbende Gewere.

Die lediglich Gewere hatte derjenige, der durch direkte Einwirkung auf ein Grundstück Besitz ausübte, z. B. der Lehnsmann. Er zieht den Ertrag des Gutes in erster Hand.

Die hebbende Gewere ist der Besitz mit dem Willen, das Gut für sich zu haben; sie wird durch die Nutzung ohne tatsächliche Einwirkung ausgeübt. Hebbende Gewere hatte z. B. der Lehnsherr.

So entstand aus praktischem Bedürfnis heraus auch im deutschen Recht eine Stufung der Gewere.

c) Das Preußische Landrecht.

Diese Rechtsentwicklung wurde vom Allgemeinen Preußischen Landrecht aufgenommen und weiter entwickelt. Auch hier finden wir den mehrfach gestuften Besitz an derselben Sache und zwar im Gegensatz zum alten Deutschen Recht nicht nur an Liegenschaften, sondern bereits auch an Fahrnis. Es unterschied in dieser Hinsicht zwischen vollständigem und unvollständigem Besitz. Der vollständige Besitzer war derjenige, der eine Sache als seine eigene besaß (§ 7, I, 7 ALR.); unvollständiger Besitzer war derjenige, der eine Sache als fremdes Eigentum, und zwar in dessen Anerkennung in seinen Gewahrsam genommen hatte, um für sich selbst über sie zu verfügen[45]). Räumte ein Eigenbesitzer jemandem unvollständigen Besitz ein, so ging sein Besitz dadurch nicht unter. Er bestand fort (§ 124 I, 7 ALR.). Deshalb behielt der Vermieter (vollständigen) Besitz an der von ihm vermieteten Sache.

Eine dem Besitzrecht des Preußischen Landrechts ähnliche Erweiterung des Besitzrechtes enthielten auch die übrigen deutschen Landesgesetze.

d) Das geltende Recht.

Als nächste Stufe im Rahmen dieser Entwicklung sind die Entwürfe zum BGB. anzusehen. Der I. Entwurf hatte sich ohne Rücksicht auf die deutsche Rechtsentwicklung an die römisch-rechtlichen Grundsätze angeschlossen. Die bereits erreichte Erweiterung des Besitzbegriffes wurde beiseitegeschoben. Er unterschied zwischen Besitz und Inhabung. Inhaber war, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache besaß; Besitzer war, wer außerdem einen Besitzwillen[46]) hatte. Besitz war somit Inhabung mit Besitzwillen. Eigenartigerweise sollte der Inhaber nach diesem Entwurf Besitzschutz genießen, sodaß er praktisch — außer dem Namen — die Stellung eines Besitzers gehabt hätte; der Besitzer dagegen hätte sich mit dem bloßen Wort begnügen müssen.

Die Ablehnung, die diese Regelung des Entwurfs I durch die Wissenschaft erfahren hat, wird treffend durch eine Äußerung Gierkes[47]) gekennzeichnet:

„Durch die Ausführung der Motive wird leider nur der Eindruck verstärkt, daß es sich hier um ein gänzlich verschrobenes und verkünsteltes, praktisch unbrauchbares Elaborat der blassesten Dok-

---

45) Als Gewahrsamsinhaber galt derjenige, der das physische Vermögen hatte, über eine Sache mit Ausschließung anderer zu verfügen (§ 1, I, 7 ALR.).

46) Darunter war der Wille zu verstehen, die Sache als die seinige zu haben (§ 797).

47) Gierke, Entwurf eines BGB. und das Deutsche Recht, S. 294 f.

trin handelt. Überall wird lediglich an die angeblich dem reinen römischen Recht entsprechende Theorie Savigny's angeknüpft. ... Von der germanischen Gewere ist selbstverständlich nicht die Rede. ... An der Ausgestaltung des Besitzesrechtes in den großen modernen Gesetzbüchern, im Preußischen Landrecht ... gehen die Motive mit vornehmem Achselzucken vorbei. Nach der Volksanschauung, nach dem Gehalt unseres wirklichen deutschen Rechtslebens wird nirgends gefragt."

Auf Grund der allgemein einsetzenden Kritik wurde der Entwurf in den entscheidenden Punkten umgearbeitet und in der Form des BGB. geltendes Recht. Die vorgenommenen Änderungen ergaben eine weitere Ausweitung des Besitzbegriffes und die erstmalige Einführung des mittelbaren Besitzes. Besitzer ist jeder, der die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat, gleichgültig, ob er sie als eigene oder als fremde besitzt. Neben diesem die tatsächliche Gewalt ausübenden Besitzer ist auch ein Anderer Besitzer, wenn der unmittelbare Besitzer für diesen auf Grund eines der in § 868 BGB. angeführten Rechtsverhältnisses besitzt.

Bei der Beratung des Entwurfes II herrschten Meinungsverschiedenheiten darüber, ob und inwieweit der mittelbare Besitz tatsächlicher Besitz sei, d. h., ob er wirkliche Sachherrschaft sei, oder ob hinter dem Wort nur eine Fiktion stehe. Dieser Meinungsstreit ist auch heute noch nicht entschieden, wenn auch eine Mehrheit sich für die erste Auffassung erklärt hat. Die Lösung dieser Frage ist zur Klarstellung des Problems erforderlich. Denn an tatsächliche Verhältnisse sind andere Anforderungen zu stellen als an Fiktionen, die ja das, was sie darstellen sollen, in Wirklichkeit nie darstellen. Ist der mittelbare Besitz deshalb Sachherrschaft, so müssen ihre Merkmale auch beim Nebenbesitz vorhanden sein; ist er nur eine Fiktion, so hängt seine Existenz nicht von ihrem Vorhandensein ab.

2. Ist der mittelbare Besitz tatsächliche Sachherrschaft oder nur eine Fiktion?

Die Ansicht, der mittelbare Besitz sei eine Fiktion, wird damit begründet, daß der mittelbare Besitzer die tatsächliche Gewalt, in deren Ausübung doch nach § 854 BGB. das Wesen des Besitzes bestehe, nicht selbst habe. Diese Meinung wird insbesondere von Wendt[48]) vertreten. Die Fiktion sei vom Gesetz nur aufgestellt, um dem mittelbaren Besitzer einen gewissen Rechtsschutz — und zwar im Rahmen des § 869 BGB. — gewähren zu können. Darüber hinaus reicht die Bedeutung des mittelbaren Besitzes nicht[49]).

48) Wendt, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 87 S. 45, 47 ff. Gutachten a.a.O. S. 5 ff., 14; der gleichen Ansicht Rhode a.a.O. S. 7, 8; Bartels a.a.O. S. 652, 659; Biermann, Sachenrecht, § 868 Bem. 1b; Müller-Erzbach in Jher. Jahrb. Bd. 53 S. 362 ff.

49) Wendt ebenda S. 49.

Diese Auffassung wird heute allgemein abgelehnt. Man wird den Vertretern der Fiktionstheorie zwar insoweit beipflichten müssen, als sie behaupten, der mittelbare Besitzer übe keine tatsächliche Gewalt aus. Es geht aber zu weit, in dem mittelbaren Besitz lediglich eine Fiktion zu sehen. Gegen diese Ansicht spricht zunächst schon der Wortlaut des Gesetzes. Wäre der mittelbare Besitz nur ein fingierter Rechtsbegriff, so würde das zweifellos im Gesetz dadurch zum Ausdruck gekommen sein, daß man die in der Gesetzestechnik dafür sonst übliche Ausdrucksweise gewählt hätte: „... so „gilt" auch der andere als Besitzer." Das Gesetz sagt aber im § 868 ausdrücklich: „... so „i s t" auch der andere Besitzer."

Mit wenigen Ausnahmen gelten ferner fast alle Gesetzesnormen des BGB., die an den Besitz anknüpfen, auch für den mittelbaren Besitz. Dier hierin zum Ausdruck kommende vielfache Gleichstellung von unmittelbarem und mittelbarem Besitz spricht ebenfalls dafür, daß der mittelbare Besitz in seinem Kern — nämlich der Sachherrschaft — dem mittelbaren Besitz wesensähnlich, gleichsam eine abgeschwächte Form desselben ist.

Allerdings kann man aber auch nicht gut behaupten, der mittelbare Besitz sei ein Verhältnis tatsächlicher Gewalt und dem unmittelbaren Besitz wesensgleich. Dieses behauptet Gierke[50]), der seine Ansicht damit begründet[51]), daß auch der mittelbare Besitz eine Macht über die Sache gewähre. Sie sei jedoch mit den Sinnen nicht wahrnehmbar. Das sei aber auch bei dem Besitzherrn im Verhältnis zum Besitzdiener nicht der Fall, und trotzdem sei in beiden Fällen realer Besitz vorhanden. Die sinnliche Wahrnehmung sei zur Feststellung des Besitzes nicht notwendig. Der Besitz sei aber mittelbar, weil der Besitzer durch die selbständige Gewalt eines anderen von der unmittelbaren Einwirkung auf die Sache abgesperrt sei und der Besitz durch ein Zwischenglied vermittelt werde. Den eigentlichen Kern der Sachherrschaft erblickt Gierke aber auch nur in der anerkannten Position des mittelbaren Besitzers als Besitzherrn und dessen Verfügungsmöglichkeit.

Auch diese Auffassung dürfte das Wesen des mittelbaren Besitzes nicht richtig treffen; sie verkennt das Wesen der tatsächlichen Gewalt. Der Begriff der tatsächlichen Gewalt ist in § 854 BGB. für den unmittelbaren Besitz festgelegt. Wäre auch der mittelbare Besitz tatsächliche Gewalt, so wäre er in dieser Bestimmung mitgeregelt worden. Ferner hat das BGB. in § 868 besonders hervorgehoben, daß auch „der andere" Besitzer sei. Wäre ein wesentlicher Unterschied zwischen dem mittelbaren Besitz und dem unmittelbaren Besitz nicht vorhanden, so hätte es dieser besonderen Hervorhebung nicht bedurft. Deshalb geht der Gesetzgeber offenbar selbst davon

50) Ähnliche Auffassungen vertreten Dernburg a.a.O. § 13, 3; Cosack a.a.O. § 9, 1; nicht ganz so weit gehen die Ansichten von Fischer-Henle a.a.O. § 868 Ziff. 6; Crome a.a.O., § 345.

51) Gierke, Gutachten S. 32, 33, 34.

aus, daß der mittelbare Besitzer eine tatsächliche Gewalt im Sinne des § 854 BGB. nicht ausübt.

Die tatsächliche Gewalt über eine Sache haben heißt doch, unmittelbar und tatsächlich auf diese Sache einwirken können. Diese Möglichkeit hat der mittelbare Besitzer in der Regel jedoch nicht. Allerdings hat er auch eine Herrschaftsmöglichkeit über die Sache und insofern eine Verfügungsmacht (im tatsächlichen Sinne) über sie. Diese Möglichkeit hat er aber nicht auf Grund einer direkten tatsächlichen Zuordnung der Sache zu ihm, sondern kraft der rechtlichen Beziehungen, die zwischen ihm und dem unmittelbaren Besitzer bestehen. Insofern hat der mittelbare Besitzer auch eine Sachherrschaft über seine beim Besitzmittler befindliche Sache, und zwar nicht nur in juristischer Hinsicht, sondern auch im Sinne der Verkehrsanschauung. Denn diese betrachtet die Sachen, die vermietet, verpachtet oder verliehen sind, auch als im Besitz des Vermieters, Verpächters oder Verleihers befindlich. Die Fortgabe einer Sache zur Miete, Pacht oder Leihe ist deshalb keine Herrschaftsaufgabe, sondern nur eine Herrschaftslockerung [52]).

In dieser Einschränkung ist auch der mittelbare Besitz ein echter Besitz [53]). Er gibt dem mittelbaren Besitzer eine Herrschaftsmöglichkeit, aber keine unmittelbare Gewalt über die Sache. Man hat zur treffenden Bezeichnung den Ausdruck einer gelockerten [54]) Sachherrschaft geprägt.

Diese Auffassung steht auch im Einklang mit dem BGB., das hierin der deutschrechtlichen Vorstellung der mehrfach gestuften Gewere folgt. Der mittelbare Besitz ist deshalb keine willkürliche Erfindung unseres BGB., sondern ein notwendiges Ergebnis der Entwicklung, welche der Besitzbegriff im modernen Recht gefunden hat [55]). Das BGB. knüpft somit fast alle Normen, die für den Besitz gelten, auch an den mittelbaren Besitz. Wenn weiter der mittelbare Besitzer nach § 869 BGB. einen selbständigen Besitzschutz hat, wenn der mittelbare Besitz nach § 937 BGB. ebenfalls als Grundlage für eine Ersitzung ausreicht, und nach § 930 BGB. die tatsächliche Übergabe durch Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses ersetzt werden kann, so kommt auch in dieser Gleichstellung von mittelbarem und unmittelbarem Besitz die vorgetragene Auffassung zum Ausdruck.

Als Ergebnis ist somit festzustellen, daß der mittelbare Besitz echter Besitz ist und dem mittelbare Besitzer eine (wenn auch gelockerte) [56]) Sachherrschaft vermittelt.

---

52) M. Wolff, Sachenrecht, § 8 Abschn. I, 1 S. 24.
53) So die heute herrschende Meinung: Planck-Brodmann, § 868 Erl. 7; M. Wolff, § 8, III; Staudinger-Kober, Sachenrecht, § 868, IVa, V, 2a u. a.
54) Dölle in JW. 1932 S. 1212 zu Anm. 13.
55) Strohal S. 17.
56) Dölle in JW. 1932 S. 1212 zu Anm. 13.

Eine Untersuchung des Nebenbesitzes müßte nun ergeben, daß auch der Nebenbesitz eine Herrschaftsmöglichkeit über die zugeordnete Sache vermittelt. Diese Untersuchung ist aber erst dann möglich, wenn die einzelnen notwendigen Voraussetzungen eines mittelbaren Besitzverhältnisses erkannt sind und diese insgesamt auch beim Nebenbesitz als vorhanden angenommen werden können. Hat dann dieses theoretisch mit allen Wesensvoraussetzungen des mittelbaren Besitzes ausgerüstete Gebilde die Fähigkeit, die Sachherrschaft zu vermitteln, so ist an seiner berechtigten Existenz nicht mehr zu zweifeln.

3. Die Elemente des mittelbaren Besitzes.

Es sollen nun zunächst die konstitutiven Elemente[57]) des mittelbaren Besitzes festgestellt werden.

Das Gesetz hat in § 868 BGB. über den mittelbaren Besitz nur bestimmt, daß er vorhanden sei, wenn jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet sei, besitze.

a) Der unmittelbare Besitz des Besitzmittlers.

Danach setzt der mittelbare Besitz ein Doppeltes voraus, nämlich einen unmittelbaren Besitz im Sinne des § 854 BGB. des Besitzmittlers und eine Beziehung der im § 868 BGB. bezeichneten Art zum Oberbesitzer.

Über das erste Erfordernis besteht in der Wissenschaft allgemeines Einverständnis. Ein mittelbarer Besitz liegt unzweifelhaft dann nicht mehr vor, wenn der Besitzmittler seinen unmittelbaren Besitz aufgegeben hat; aber mit einer Ausnahme: Wenn der Besitzmittler den Besitz nicht ganz aufgibt, sondern selbst mittelbaren Besitz zurückbehält. In diesem Falle verliert der erste mittelbare Besitzer seinen mittelbaren Besitz nicht, sondern rückt auf der Besitzleiter nur um eine Stufe höher hinauf. Diese Ausnahme gilt kraft der besonderen gesetzlichen Bestimmung des § 871 BGB.; im übrigen aber gehen mit Aufgabe des mittelbaren Besitzes sämtliche auf ihn zurückgehende mittelbaren Besitzrechte unter.

b) Rechtsverhältnis und Mittlungswille.

Auch der mittelbare Besitz gibt eine Herrschaftsmöglichkeit über eine Sache. Da diese sich aber in unmittelbarer Gewalt eines anderen befindet, muß zwischen der Sache und dem mittelbaren Besitzer ein Element vorhanden sein, das die Ausübung dieses Herrschaftsrechtes ermöglicht. Als solches kann einerseits das dem mittel-

57) Ausdruck von: Przibilla a.a.O. S. 10.

baren Besitz zu Grunde liegende Rechtsverhältnis, andererseits der Wille des unmittelbaren Besitzers, für den mittelbaren Besitzer zu besitzen, in Frage kommen.

Diese beiden Möglichkeiten kann man aus der zweideutigen Fassung des § 868 BGB. lesen. Hier heißt es nämlich: „Besitzt jemand a l s Nießbraucher etc., so ist auch der andere Besitzer." Die Deutung dieses Passus mit sprachlichen Hilfsmitteln dürfte zu keinem Ergebnis führen. Die Wortbedeutung ist zu weit und zu unbestimmt, um ohne nähere Bestimmung durch andere Hilfsmittel praktisch verwendbar zu sein. Das beweist die Wissenschaft, die an die Mehrdeutigkeit dieses Ausdrucks anknüpfend, mehrere Theorien gebildet hat, die teils dem willensmäßigen Element, teils dem geforderten Rechtsverhältnis — sei es gültig oder nicht — die das Besitzverhältnis tragende Bedeutung beimißt; und alle berufen sich zu ihren Gunsten auf diesen Wortlaut.

In der Tat sind auch alle vorgenommenen Deutungen des Gesetzestextes möglich. Ob sie aber einen größeren oder kleineren Grad von Wahrscheinlichkeit haben, kann nicht aus ihm allein erkannt werden; sondern das muß eine Analyse aller zwischen dem mittelbaren und unmittelbaren Besitzer bestehenden Beziehungen ergeben. Diese Betrachtung des tatsächlichen Besitzverhältnisses muß jedoch notwendig von den einzelnen Elementen ausgehen. Die verschiedenartige Bewertung eines dieser Elemente hat auch für die Entscheidung über die Möglichkeit des Nebenbesitzes Bedeutung.

aa) Objektive Auffassung.

Wer den mittelbaren Besitz nicht als echten Besitz, sondern nur als eine Fiktion auffaßt, sieht die Beziehungen zwischen der Sache und dem mittelbaren Besitzer nur in dem zwischen diesem und dem Besitzmittler bestehenden Rechtsverhältnis. Die Vertreter dieser Anschauung werden deshalb notwendig zu einer Überbewertung des in § 868 BGB. geforderten Rechtsverhältnisses gezwungen und kommen sogar zu der Behauptung, daß der mittelbare Besitz sich mit dem Rechtsverhältnis decke. Daraus schließt Bartels[58]), „daß ohne ein kausales Rechtsverhältnis mittelbarer Besitz nicht vorhanden sein könne. Sobald das Rechtsgeschäft nichtig sei, z. B. gegen die guten Sitten verstoße oder nur zum Schein vorgenommen sei, entstehe auch kein mittelbarer Besitz." Zur Begründung dieser Ansicht beruft man sich, wie bereits erwähnt, auf den zweideutigen Wortlaut des § 868, indem man den Akzent auf das Bestehen eines konkreten Rechtsverhältnisses legt und ein Willenserfordernis auf Seiten des Besitzmittlers leugnet. Weiter beruft man sich auf § 870 BGB., wonach der mittelbare Besitz durch Abtretung des Herausgabeanspruches auf einen anderen übertragen werden kann. Nach dieser Bestimmung werde offenbar ein Besitzmittlungswille nicht vorausgesetzt, da der Besitzmittler von einer solchen Abtretung

58) Gruch. Beitr. Bd. 42 S. 659; Wendt in Arch. f. ziv. Prax. Bd. 87 S. 47 ff.

nicht notwendig zu wissen brauche. Trotzdem sei aber nach § 870 BGB. der mittelbare Besitz bereits beim Zessionar. Hieraus gehe hervor, daß der Wille des Besitzmittlers nicht entscheidend sein könne. Mit dem gleichen Argument verweist man auf § 857 BGB.

Nach dieser Theorie ist es, falls ein gültiges Rechtsverhältnis zwischen dem Besitzmittler und dem Oberbesitzer besteht, gleichgültig, ob der erstere den Besitzmittlungswillen hat oder nicht. Solange er im unmittelbaren Besitz der Sache ist, bleibt er Besitzmittler. Danach muß im Rahmen dieser Theorie auch die Beendigung des mittelbaren Besitzes beurteilt werden. Tatsächlich folgern die Vertreter dieser Theorie auch die Unmöglichkeit einer Beendigung des mittelbaren Besitzes durch den Besitzmittler. Denn hierdurch könne die objektive Grundlage des mittelbaren Besitzes, das Rechtsverhältnis, nicht zerstört werden. Jede Änderung seines Willens sei unerheblich. Man hält das auch für richtig, weil sonst die Rechtsposition des mittelbaren Besitzers ihre Bedeutung zum größten Teil verlieren würde, falls sie von der Anerkennung — also dem guten Willen — des unmittelbaren Besitzers abhängig wäre[59]).

Allein diese Theorie läßt sich mit dem Begriff des mittelbaren Besitzes als eines tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses nicht vereinbaren. Worin sollte die Einwirkungsmöglichkeit des mittelbaren Besitzers auf seine Sache bestehen, wenn der Besitzmittler sie nicht zuläßt? Denn nur durch ihn ist eine Einwirkung möglich, wenigstens solange er selbst unmittelbarer Besitzer ist. Der mittelbare Besitzer könnte sich nur im Prozeßwege Geltung verschaffen und stände damit — in tatsächlicher Hinsicht — in keiner näheren Beziehung zu der Sache als jeder andere Nichtbesitzer, der nur einen obligatorischen Anspruch auf die Sache hat.

Die Überbewertung des Rechtsverhältnisses führt aber auch dann zu Konflikten, wenn es nur vermeintlich gültig, in Wirklichkeit aber nichtig ist, z. B. im Falle eines Scheingeschäftes. Sollte der Eigentümer keinen mittelbaren Besitz an einer von ihm durch einen nichtigen Mietvertrag vermieteten Sache haben, obwohl der unmittelbare Besitzer ihm die erforderlichen Einwirkungsmöglichkeiten einräumt, z. B. die Sache regelmäßig zur Besichtigung vorweist, vom Eigentümer Reparaturen und Verbesserungen vornehmen läßt etc.[60]). Hier liegt doch ganz eindeutig eine Sachherrschaft vor, und diese stützt sich lediglich auf den die Sachherrschaft vermittelnden Willen des unmittelbaren Besitzers, unabhängig von einer gültigen Rechtsgrundlage. Man kann deshalb das subjektive Moment nicht für bedeutungslos erklären. Die Beziehungen zwischen Besitzmittler und Oberbesitzer sind zweifellos fester — oder auch lockerer — gegründet, als nur auf ein gültiges Rechtsverhältnis.

---

59) Leonhard S. 73 ff.

60) Ein weiteres Beispiel: Soll der Verpfänder einer Uhr, der seine Schuld bezahlt hat, und hierdurch das der Pfandbestellung zu Grunde liegende Rechtsverhältnis zum Erlöschen brachte, keinen mittelbaren Besitz mehr an seiner Uhr haben? Das ist kaum anzunehmen.

Diese streng objektive Theorie hat sich deshalb auch nie durchsetzen können. Die Argumente, die man gegen sie vorbringt, sind eben die, daß sie mit dem mittelbaren Besitz als einem tatsächlichen Verhältnis nicht vereinbar ist. Bei der Bedeutung eines solchen Widerspruchs bedarf es keiner weiteren Widerlegung der einzelnen zu ihrer Begründung aufgeführten Thesen, zumal diese zum Teil auf bloßer Wortinpretation des als mehrdeutig erkannten Gesetzeswortlautes fußen.

bb) Subjektive Auffassung.

Man kann die Gesetzesworte „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher ..." auch so auslegen, daß der Gesetzgeber damit nur ein subjektives Erfordernis gemeint habe. Es käme also nicht darauf an, ob jemandem wirklich rechtsgültig ein Nießbrauch bestellt sei, sondern darauf, ob jemand, der eine fremde Sache nutzt, diese in Anerkennung eines Oberbesitzers benutzt, wie es ein Nießbraucher tun würde. Nach dieser Ansicht kommt also nicht dem Rechtsverhältnis, sondern dem Mittlungswillen des unmittelbaren Besitzers die größere bzw. alleinige Bedeutung zu[61]). Daraus folgert man mit Recht, daß auch ein putatives, in Wirklichkeit nicht bestehendes Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 BGB. zur Begründung des mittelbaren Besitzes genüge.

Als Hauptvertreter dieser Auffassung halten das Reichsgericht und Planck-Brodmann dieses subjektive Element auf Seiten des Besitzmittlers für allein entscheidend. Sie knüpfen das Bestehen des mittelbaren Besitzers an den Mittlungswillen und folgern nach diesem Grundsatz auch seine Beendigung[62]). Ein mittelbarer Besitz kann nach dieser Theorie nicht mehr bestehen, wenn der unmittelbare Besitzer seinen Entschluß, fortan nicht mehr für den mittelbaren Besitzer besitzen zu wollen, kundgibt — unabhängig, ob ein obligatorisches Verhältnis besteht oder nicht.

Die starke Betonung der Bedeutung eines Mittlungswillens trifft zweifellos den Kern des Besitzproblems. Nur unter diesem Gesichtspunkt kann man von einem tatsächlichen Herschaftsrecht des mittelbaren Besitzers sprechen. Und dem großen Rahmen der Besitzlehre paßt sich diese Auffassung am besten an. Allerdings kann man auch Argumente gegen sie vorbringen[63]). Gegen welche Beweisführung könnte man das nicht! Doch es fehlt auch nicht an Gründen im Sinne einer formalen Beweisführung, die die hier vertretene Ansicht stützen.

---

61) Planck-Brodmann § 868 Erl. 3 und 7; Gierke, Dt. Priv. R. S. 219 f.; Last, in Jher. Jahrb. Bd. 63 S. 86 f.; Przibilla a.a.O. S. 26; Crome S. 32 Anm. 22; Prot. Bd. IV S. 608.

62) Planck-Brodmann § 868, 4b; Przibilla a.a.O. S. 26; 76—78; RGRKomm. § 868 Anm. 6; Biermann § 868 Anm. 7; Strohal in Jher. Jahrb. Bd. 38 S. 110 ff. Z. 6; Wolff, Sachenrecht, § 15, II, 2.

63) z. B. bedauern viele Schriftsteller, daß bei Anerkennung der subjektiven Theorie der mittelbare Besitz lediglich vom guten Willen des unmittelbaren Besitzers abhänge.

So sei auf die Protokolle über die Beratung der Vorschriften für den Nießbrauch hingewiesen. Hier war zu entscheiden, ob bei der Belastung einer Sache mit einem Nießbrauch Träger des dem Nießbraucher gegenüber entstehenden Schuldverhältnisses der Eigentümer oder der Besteller würde. Bei der Begründung des Antrages der Mehrheit, welche sich für den Besteller entschied, wurde geäußert[64]): „Unrichtig sei, ..., daß, wenn ein im Besitz der Sache befindlicher Nichteigentümer den Nießbrauch an derselben bestelle, hierdurch dem Eigentümer der mittelbare Besitz erworben werde. Nach § 824 d (jetzt § 868 BGB.) sei derjenige mittelbare Besitzer, welchen der Nießbraucher ... als Eigentümer anerkenne. Dies sei, wenn der Nießbrauch von dem Nichteigentümer bestellt werde, der Besteller. Der Eigentümer erlange den mittelbaren Besitz aber erst dadurch, daß der Nießbraucher ihn als Eigentümer anerkenne." In der folgenden Beratung wurde mit Rücksicht auf den in der vorigen Sitzung gefaßten Beschluß weiter ausgeführt: „... es werde ... nach der richtigen Auffassung des § 824 d (§ 868 BGB.) nicht ein objektives obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller erfordert, sondern es genüge, wenn der Nießbraucher anerkenne, für den Besteller zu besitzen." Ferner bemerken die Motive[65]), daß nur der „vorgestellte Bestand eines das Behalten rechtfertigenden Verhältnisses erforderlich sei und die Besitzfrage nicht von der Rechtsfrage abhänge, ob gültig verpfändet oder vermietet sei". Diese Äußerungen der Gesetzesmaterialien reichen an sich zwar nicht für einen Beweis aus, geben jedoch ein starkes Indiz für die subjektive Theorie.

Ihre Vertreter kommen nun nicht alle zu einer gleichmäßigen Bewertung des Willensmomentes. Sie scheiden sich an der Frage, wann der mittelbare Besitz untergeht. Die konsequenteste und gleichzeitig extremste Ansicht knüpft den Untergang des mittelbaren Besitzes bereits an die innere Willensänderung[66]) des unmittelbaren Besitzers. Andere lassen den inneren Willen des Mittlers allein nicht genügen, sondern fordern bereits eine „äußerlich erkennbare Willensentschließung". Diese könne nicht nur in einer gegenüber dem Oberbesitzer abgegebenen Erklärung, sondern auch in jedem eine Nichtanerkennung ausdrückenden Verhalten bestehen[67])[68]). Darüber hinaus fordert Dernburg[69]) eine Erklärung des unmittelbaren Besitzers gegenüber dem mittelbaren Besitzer. Schließlich läßt Becker[70]) eine solche Erklärung allein auch nicht genügen; er stellt hinsichtlich des Fortbestandes des mittelbaren Besitzes darauf ab, wie der mittelbare Besitzer sich auf die Erklärung des Schuldners hin

64) Prot. Bd. IV S. 596.
65) Mot. Bd. III S. 98.
66) Kniep S. 266.
67) z. B. der Entleiher schreibt seinen Namen in das geliehene Buch.
68) Przibilla S. 78; Strohal a.a.O. S. 112.
69) Dernburg § 12, 3.
70) Becker S. 63.

verhält, und ob er durch Stillschweigen zu erkennen gibt, daß er seinen mittelbaren Besitz aufgebe.

Soweit eine Beendigung des mittelbaren Besitzes durch eine Willensänderung des Besitzmittlers möglich ist[71]), muß eine Erklärung oder irgendwie äußerlich erkennbare Handlung zur Entsetzung des mittelbaren Besitzers genügen. Denn durch die erkennbare Entschließung der gedachten Art fällt das subjektive Erfordernis des mittelbaren Besitzes — die wesentlichste Beziehung zwischen Ober- und Unterbesitzer zum Zwecke der Herrschaftsvermittlung — fort. Der Leiter, der die Sachherrschaft des mittelbaren Besitzers vermittelte, ist durchschnitten. Welche Bedeutung sollte hiernach noch die Anerkennung der Entsetzung auf Seiten des mittelbaren Besitzers haben? Er hat keine Möglichkeit, seinen mittelbaren Besitz wieder aufleben zu lassen. Eine Klage auf Feststellung seines Besitzstandes würde — vorausgesetzt, daß sie möglich wäre — praktisch wertlos sein, da der unmittelbare Besitzer nach urteilsmäßiger Feststellung des Besitzstandes jederzeit in der Lage wäre, ihn durch erneutes, den mittelbaren Besitzer entsetzendes Verhalten zu beenden. Welche Bedeutung sollte auch der Anerkennung der Entsetzung auf Seiten des mittelbaren Besitzers zukommen?[72]) Man kann auf dieses Erfordernis verzichten. Die herrschende Lehre verlangt deshalb mit Recht nur ein irgendwie äußerlich erkennbares Verhalten[73]).

cc) Besitzmittlungswille und Rechtsverhältnis haben beide ihre selbständige Bedeutung.

An Hand eines Beispiels ist vorstehend nachgewiesen worden, daß mittelbarer Besitz möglich ist, ohne daß ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 BGB. vorliegt. Umgekehrt kann auch der mittelbare Besitz fortfallen, obwohl das Rechtsverhältnis fortbesteht. Probst[74]) hat dazu ein Beispiel gebildet: „Wenn ... Vermieter und Mieter übereinkommen, daß der Mieter die bisher nur mietweise überlassene Sache künftig zu eigen haben solle und sich hinterher herausstellt, daß die Übereignung und also auch die Aufhebung des

---

71) Die erklärte Willensentschließung des Besitzmittlers kann aber nicht ausnahmslos eine Beendigung des mittelbaren Besitzes bewirken, wie weiter unten dargelegt wird.

72) Den äußerlich erkennbaren Willen des unmittelbaren Besitzers lassen deshalb genügen: Sokolowski a.a.O. S. 62; Last a.a.O. S. 99; Staudinger-Kober § 868, V, 2a. — Am treffendsten Crome a.a.O. S. 59, der ausführt, daß der mittelbare Besitz dann erlösche, wenn der unmittelbare Besitzer den mittelbaren Besitzer durch ein dem § 868 BGB. widersprechendes Verhalten entsetzt. — Im gleichen Sinne die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts in RG. Bd. 89 S. 348 ff.; RG. in JW. 1926 S. 800 Nr. 9 u. a. — And. Ansicht der Reichsfinanzhof Bd. 2 S. 243, der die Mitwirkung des mittelbaren Besitzers verlangt.

73) Buhl S. 31; Strohal S. 111; Endemann § 32 S. 130; Planck zu § 868, 4b u. a.

74) a.a.O. S. 206.

Mietvertrages aus irgendwelchen Gründen nichtig war." Hier ist der mittelbare Besitz im Augenblick des Inkrafttretens der (später als nichtig erkannten) Übereignung erloschen. Der Vermieter hat dadurch, daß der bisherige Mieter sich von jetzt ab für den Eigentümer der Sache hielt, keine tatsächliche Herrschaftsmöglichkeit mehr über diese ursprünglich vermietete Sache, obwohl während der ganzen Zeit ein gültiges Rechtsverhältnis bestanden hat.

Aber nicht nur das Rechtsverhältnis und der tatsächliche Besitz können auseinanderfallen, es gibt auch Fälle, in denen mittelbarer Besitz ohne Anerkennungswillen auf Seiten des Mittlers vorliegt; wenn z. B. der Mieter einer Wohnung dem Hauseigentümer erklärt, er erkenne ihn nicht mehr als mittelbaren Besitzer an, so dürfte diese Erklärung gegenüber der starken tatsächlichen Zuordnung der Wohnung in die Interessensphäre des Hausbesitzers und der weiteren Bindung durch das Mietverhältnis kaum eine Bedeutung im Sinne einer Entsetzung des Hauseigentümers haben. Denn der mittelbare Besitz bei einem Grundstück beruht in sehr viel höherem Maße auf bloßer Üblichkeit, auf geltenden gesellschaftlichen Vorstellungen und auf Anerkennung der Genossen als bei der Fahrnis [75]).

Weiter gibt es Fälle, in denen das Besitzmittlungsverhältnis allein von dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis getragen wird. Dieser Fall kann dann eintreten, wenn der mittelbare Besitz gemäß § 870 BGB. abgetreten worden ist und diese Abtretung angefochten wird, bevor der unmittelbare Besitzer Kenntnis von dem Wechsel des Oberbesitzers bekommen hatte. Hier wird durch die Rückwirkung der Anfechtung die „tatsächliche" Herrschaft des Zessionars beseitigt, die ohne willensmäßige Anerkennung des unmittelbaren Besitzers gemäß § 870 BGB. bestanden hatte. In diesem Falle waren somit Rechtsverhältnis und mittelbarer Besitz identisch.

Daraus kann man erkennen, daß sowohl der Mittlungswille wie auch das Rechtsverhältnis ihre selbständige Bedeutung haben. Man kann nicht das Rechtsverhältnis als ganz unbeachtlich beiseiteschieben, wie das Reichsgericht [76]) es tut, und für den Fortbestand des mittelbaren Besitzes als bedeutungslos erklären.

In der Regel werden bei einem Besitzmittlungsverhältnis beide zusammen vorhanden sein. Die aufgeführten Beispiele dürften sich als seltene Ausnahmen erweisen. Auch das BGB. ist anscheinend von dieser Anschauung ausgegangen. Wenn der unmittelbare Besitzer im Falle einer Abtretung des Herausgabeanspruches nach § 870 BGB. von der Zession noch nichts weiß, hat er auch nicht die Möglichkeit, seinen Besitzmittlungswillen zu Gunsten des Zessionars zu betätigen. Trotzdem ist nach dem Wortlaut des Gesetzes der mittelbare Besitz bereits auf den Zessionar übergegangen. Der gleiche Fall ist nach § 857 BGB. möglich, wenn der unmittelbare

75) Jung a.a.O. S. 353.
76) ebenso Planck-Brodmann.

Besitzer noch nichts vom Tode seines bisherigen Oberbesitzers erfahren hat oder die Erben nicht kennt.

Planck-Brodmann [77]) versucht, diese Schwierigkeit allein im Sinne der subjektiven Theorie zu lösen. Er sagt, es genüge, wenn der unmittelbare Besitzer überhaupt einen Besitzmittlungswillen habe, auch wenn diesem Willen die Beziehung auf eine bestimmte, auf die richtige Person fehle. Zum Beweise weist er auf den Übergang des mittelbaren Besitzes auf unbestimmte Erben, bei dem auch ein allgemeiner Besitzmittlungswille genüge [78]). Man kann aber nach der hier vertretenen Ansicht nicht annehmen, daß zum Beispiel A dadurch eine tatsächliche Gewalt über eine im unmittelbaren Besitz des B befindliche Sache habe, daß dieser den C als mittelbaren Besitzer anerkennt und diesem die Sache herausgeben will [79]).

Man muß deshalb auch dem Rechtsverhältnis beim mittelbaren Besitz eine gewisse Bedeutung zusprechen. Nach der subjektiven Theorie wird es ja auch schon insofern bewertet, als es bei Begründung des mittelbaren Besitzes tatbestandsmäßig vereinbart sein muß, um die willensmäßige Beziehung zwischen Besitzmittler und Oberbesitzer herzustellen. Es hat aber auch seinen Wert für den Fortbestand des Besitzes. Ich halte es allerdings nicht für möglich, diesen Wert durch eine allgemeine Formel abzugrenzen. Er ist zu relativ. Bei der Beurteilung eines Mittlungsverhältnisses sprechen zuviel tatsächliche Verhältnisse mit, die den Wert des Rechtsverhältnisses beeinflussen. Planck-Brodmann [80]) sieht die Quelle dieser Unzulänglichkeit darin, daß eben bei dem mittelbaren Besitz eine gewisse Art von Schuldverhältnissen zu einem wesentlichen Moment des Tatbestandes erhoben seien. Damit erwachse der Doktrin die Schwierigkeit, inwiefern gegenüber dem rein Tatsächlichen des Besitzes im Gegensatz zu dem Rechtlichen auch beim mittelbaren Besitz festgehalten werden könne und solle, und er fragt schließlich, „ob es nicht doch einen Punkt geben müsse und wo er liege, an welchem die materiell-rechtliche Seite — im Gegensatz zu dem tatsächlichen Verhalten der Beteiligten —, wo für das possessorische, das petitorische maßgeblich zum Durchbruch käme".

Für das vorliegende Problem muß deshalb daraus die Konsequenz gezogen werden, daß der mittelbare Besitz nicht immer vom Willen des unmittelbaren Besitzers abhängig zu sein braucht. Er ist in Wirklichkeit fester begründet. Und diese größere Widerstandskraft ist an das den Besitzmittler und Oberbesitzer verbindende

77) a.a.O. § 868 Anm. 4a.

78) Probst a.a.O. S. 208 erinnert dagegen daran, daß man mit diesem Hinweis ebensogut dartun könne, daß die tatsächliche Beziehung des mittelbaren Besitzers zur Sache bisweilen ohne Rücksicht auf tatsächliche Verhältnisse an das Schicksal des rechtlichen Verhältnisses gebunden sei. Er läßt deshalb den allgemeinen Willen nur für den Fall gelten, daß es dem unmittelbaren Besitzer einerlei ist, für wen er besitzt.

79) Vgl. Müller, Gruch. Beitr. Bd. 54 S. 248.

80) a.a.O. § 868 Anm. 7.

Rechtsverhältnis geknüpft, das auch ein — wenn auch nicht notwendiges Element des mittelbaren Besitzes ist.

Diese Erkenntnis haben wir aus der vorausgegangenen Feststellung gewinnen können, daß das Vorliegen eines mittelbaren Besitzes nicht nach generellen Merkmalen bestimmt werden kann, sondern daß hierzu die Berücksichtigung und Bewertung aller tatsächlichen und rechtlichen Umstände erforderlich ist. Das ergibt sich eben aus dem Wesen des mittelbaren Besitzes als tatsächlicher Sachherrschaft. Als solche ist er, wie Probst [81]) sagt, ein Begriff des Lebens.

Diese Überlegungen sind auch beim unmittelbaren Besitz nicht zu umgehen. Auch hierbei sind Rechtsverhältnisse zu berücksichtigen; denn unmittelbarer Besitzer ist nicht nur derjenige, der eine Sache „fest in der Hand hält" [82]), sondern auch derjenige, der räumlich weit von der Sache entfernt ist und sie garnicht kennt. So hat auch der Käufer eines in irgendeinem Walde lagernden Holzstoßes, dem der Besitz nach § 854 Abs. 2 BGB. hieran übertragen worden ist, echten unmittelbaren Besitz. Wer dagegen als Angestellter eine zum Geschäft gehörende Sache ständig im Gebrauch hat, besitzt diese nicht. Entscheidend ist immer die Verkehrsanschauung, die sich ständig weiter entwickelt. Denn je weiter unsere Zivilisation und die Entwicklung der Verkehrsmittel fortschreitet, umso lockerer werden die früher so engen Beziehungen zwischen Besitzer und Sache, und umso vergeistigter erscheint der Begriff der tatsächlichen Herrschaft [83]).

4. Die Beendigung des mittelbaren Besitzes.

a) im allgemeinen.

Über den Verlust des mittelbaren Besitzes enthält das BGB. außer für den besonderen Fall der Anspruchsabtretung nach § 870 BGB. keine (besonderen) Vorschriften. Deshalb sind die vorangegangenen Erörterungen für die Beendigung des mittelbaren Besitzes von mehrfacher Bedeutung. Einmal wurde entwickelt, welche Voraussetzungen für den mittelbaren Besitz wesentlich seien. Daraus kann nunmehr die Frage entschieden werden, wann notwendig ein mittelbarer Besitz nicht mehr vorliegen kann. Ferner wurde festgestellt, daß der mittelbare Besitz aus tatsächlichen und rechtlichen Elementen besteht, wovon von Fall zu Fall das eine oder andere überwiegen oder aber gänzlich fehlen kann, und daß trotz des Fehlens eines dieser Elemente ein mittelbarer Besitz noch vorliegen kann.

Als für das behandelte Problem unbedeutend können die Fälle, in denen der mittelbare Besitz durch Untergang der Sache oder durch

81) a.a.O. S. 211.
82) Ebenda.
83) Staudinger-Kober § 854, I. 1.

vollständige Besitzaufgabe[84]) auf Seiten des Besitzmittlers endigt, übergangen werden.

Wir haben schon gesehen, daß der Untergang des Rechtsverhältnisses nicht notwendig auch den mittelbaren Besitz beendet, ferner auch, daß nicht immer die Besitzaufsagung durch den unmittelbaren Besitzer dazu ausreicht. Der Grund liegt — wie schon dargelegt — in dem Wesen des mittelbaren Besitzes begründet. Wann der mittelbare Besitzer noch eine Herrschaftsmöglichkeit über eine Sache hat und wann er sie nicht mehr hat, ist eine Tat- und keine Rechtsfrage. Sie kann deshalb nur Fall für Fall entschieden werden. Die Herrschaftsmöglichkeit wird in den meisten Fällen schon dann untergehen, wenn der Besitzmittler den Oberbesitzer nicht mehr anerkennt und seinen Entschluß irgendwie äußert. So zum Beispiel, wenn der Entleiher eines Buches glaubt, das entliehene Buch sei jenes, das ihm früher abhanden gekommen sei, und seinen Namen hineinschreibt, so gibt er damit zu erkennen, daß er sich von jetzt ab als Eigenbesitzer fühlt. Hierdurch dürfte in der Regel der mittelbare Besitz des Verleihers erlöschen. Aber doch nicht unter allen Umständen. Handelt es sich um ein Buch einer öffentlichen Bibliothek, so dürfte deren stärkere Besitzposition, die durch Stempel und Signierung gegenüber jedermann erkennbar ist, gegenüber dem Entsetzungswillen des unmittelbaren Besitzers das Übergewicht haben. Die öffentliche Bibliothek hat nach der Verkehrsanschauung dadurch, daß jemand seinen Namen in eines ihrer Bücher schreibt, ihre Sachherrschaft über dieses Buch noch nicht verloren. Sie wird zu bestimmten Terminen zur Rückgabe des Buches auffordern und es schließlich durch ihre Organe wegnehmen. Wenn man sich fragt, worin der Unterschied zu dem vorhergehenden Fall liegt, kommt man zu dem Ergebnis, daß letzten Endes ein objektives Machtverhältnis entscheidend ist. Und in diesem Punkte berührt sich der mittelbare Besitz wieder mit dem unmittelbaren Besitz. Da wir auch den mittelbaren Besitz als echten Besitz erkannt haben, muß das Ergebnis die Richtigkeit dieser Auffassung bestätigen. Man kann noch weitere Argumente dafür anführen: Nicht nur die Bibliothek wird sich weiterhin als mittelbare Besitzerin fühlen und dementsprechend ihre Verfügungen durchsetzen; auch jeder Dritte wird die öffentliche Bibliothek als mittelbaren Besitzer anerkennen. Wer den Aufdruck, den Stempel oder auch den oft kenntlichen Einband sieht, wird das Buch stets als Bibliotheksbuch ansehen, selbst wenn der Name des Entleihers neben dem Stempel stehen sollte. Hier reicht die Willensänderung allein nicht aus. Anders dagegen ist es bei dem Buch des privaten Verleihers. Er verliert den Besitz schon mit der erkennbar geäußerten Willensentschließung des unmittelbaren Besitzers. Entscheidend ist, ob der mittelbare Besitzer seine Einwirkungsmöglichkeit verloren hat oder nicht.

84) Eine Beendigung des mittelb. Bes. findet nicht statt, wenn der Besitzmittler mit einem Dritten ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 868 vereinbart, sodaß er selbst den mittelb. Bes. zurückbehält (§ 871 BGB.).

Aus diesem Grunde ist es auch nicht möglich, die Fälle der Beendigung des mittelbaren Besitzes generell zu erfassen. Man kann das Ergebnis, soweit es für das Problem Bedeutung hat, nur allgemein dahin zusammenfassen:

Hat der unmittelbare Besitzer nicht mehr den Willen, dem Oberbesitzer Besitz zu vermitteln, so geht mit der erkennbaren Äußerung dieses Willens der mittelbare Besitz des bisherigen Oberbesitzers unter, es sei denn, daß seine Einwirkungsmöglichkeit auf Grund seiner besonderen Machtstellung sich auch weiterhin auf die Sache erstreckt.

b) Die Beendigung des mittelbaren Besitzes insbesondere bei Begründung eines neuen Besitzmittlungsverhältnisses.

Nach diesem Grundsatz muß man der Ansicht des Reichsgerichts widersprechen, daß ein mittelbarer Besitzer stets seinen mittelbaren Besitz verliere, wenn der unmittelbare Besitzer mit einem Dritten ein constitutum possessorium vereinbart. Der Besitzverlust ist allerdings möglich; aber ebenso kann der Besitz des bisherigen mittelbaren Besitzers fortbestehen. Der Ansicht des Reichsgerichtes folgen bedeutet, generell im voraus bestimmen zu wollen, wann ein Herrschaftsverhältnis noch gegeben ist und wann nicht mehr. Das Reichsgericht hat in seinen Entscheidungen stets unterstellt, daß der unmittelbare Besitzer nach Abschluß eines Besitzmittlungsverhältnisses nicht mehr für den bisherigen mittelbaren Besitzer besitzen *könne* oder *wolle*.

Daß der unmittelbare Besitzer für mehrere Personen mittelbaren Besitz vermitteln *kann*, folgt aus dem Wesen des mittelbaren Besitzes als Herrschaftsmöglichkeit infolge einer willensmäßigen Unterordnung des Besitzmittlers. Warum sollte es nicht möglich sein, mehreren Personen an einer Sache eine Einwirkungsmöglichkeit einzuräumen. Wenn A für B und C besitzen will, ohne daß diese von ihren gegenseitigen Beziehungen zur Sache erfahren, dann kann sowohl B wie auch C auf diese Sache einwirken. Diese Einwirkung ist zwar beim mittelbaren Besitz nicht unmittelbare Gewalt über die Sache, sie äußert sich aber in mancherlei wesentlichen Beziehungen. So hat der Vermieter eines Kraftwagens insofern die Sachherrschaft, als er das Recht hat, den Wagen regelmäßig auf seinen verkehrssicheren Zustand zu untersuchen, um notfalls Reparaturen vornehmen lassen zu können. Dieses Einwirkungsrecht kann A sowohl dem B wie dem C gegenüber einräumen; da es sich ständig äußern kann, kann man es nicht für erloschen halten.

Der unmittelbare Besitzer *will* aber auch bisweilen mehreren Personen die Sachherrschaft vermitteln. Dazu kann er mehrere Gründe haben. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß Nebenbesitzlagen regelmäßig eine Folge abnormer rechtsgeschäftlicher Beziehungen sind. Sowohl Betrug wie Irrtum können die

Ursachen sein. Wenn diese Abnormität durch ein Verhalten des unmittelbaren Besitzers verursacht worden ist, wird er regelmäßig auch darauf bedacht sein, sie zu verschleiern. Hat z. B. der Verwahrer A die dem B gehörende Sache zwecks Erlangung eines Darlehns dem C zur Sicherheit übereignet [85]), so ist ihm daran gelegen, den Betrug zu verheimlichen und durch die Rückzahlung des Darlehns die früheren Verhältnisse wieder herzustellen. Bis dahin aber räumt er sowohl dem B wie dem C willensmäßig eine Herrschaftsmöglichkeit über die von ihm verwahrte Sache ein.

Aber nicht nur in der Person des unmittelbaren Besitzers braucht die Veranlassung der Entstehung von Nebenbesitzlagen zu liegen. Auch von Dritten können sie veranlaßt werden, wie Dölle [86]) an einem Beispiel zeigt:

Wenn A, der bisher für B verwahrt hat, auf Grund einer (unwahren) Mitteilung des C, er, der C, sei Miteigentümer des B geworden, erklärt, er werde nunmehr die hinterlegten Sachen auch für den C verwahren, so sind B und C auch hier Nebenbesitzer geworden.

Aber wenn auch die Verschaffung des zweiten mittelbaren Besitzes bei Nebenbesitzlagen meistens auf Unregelmäßigkeiten beruht, so wird doch kaum bestritten, daß auch für den Dritten hierdurch mittelbarer Besitz begründet wird. Das folgt aus der subjektiven Beziehung zwischen unmittelbarem Besitzer und dem Nebenbesitzer, die wir ja als das Hauptelement unter den Besitzmittlungsbeziehungen erkannt haben. — Das Reichsgericht [87]) weist in diesem Zusammenhang auch auf den Grundsatz der allgemeinen Vertragsfreiheit hin, der dem unmittelbaren Besitzer stets die Möglichkeit gebe, ein neues Besitzmittlungsverhältnis mit einem anderen einzugehen. Die Pflichtwidrigkeit, die darin liegt, mag sonstige Rechtsfolgen nach sich ziehen. Eine Unwirksamkeit des neu begründeten Besitzverhältnisses hat sie nicht zur Folge.

Man kann auf Grund der hier vertretenen Ansicht auch nicht in das Gegenteil der insbesondere vom Reichsgericht vertretenen Ansicht verfallen und behaupten, durch den Abschluß eines constitutum possessorium werde der bisher bestehende mittelbare Besitz nicht oder nie beendet. Die äußeren Machtverhältnisse geben auch hier den Ausschlag. Äußert der eine mittelbare Besitzer so starke Wirkungen, daß daneben von einem Herrschaftsverhältnis des bisherigen mittelbaren Besitzers keine Rede mehr sein kann, oder gibt der unmittelbare Besitzer irgendwie zu erkennen, daß er für diesen nicht mehr besitzen will, so ist der alte mittelbare Besitz

85) Die Übereignung ist unwirksam, § 933 BGB.! Trotzdem ist mittelbarer Besitz übergegangen. § 139 BGB. kommt nicht in Frage, a. A. M. Wolff.

86) in JW. 1932 S. 1212 Nr. 13 insbes. S. 1214.

87) RG. in JW. 1932 S. 3764; a. A. der RFH. Bd. 2 S. 243, der die Übertragung des mittelb. Bes. ohne Mitwirkung des mittelb. Besitzers nicht für möglich hält.

erloschen. In letzterem Falle dürfte diese Folgerung vom Boden der hier vertretenen Theorie nicht zweifelhaft sein. Für die erste Alternative ergibt sich das aus dem Wesen des Besitzes als Sachherrschaft. Wo sie — selbst in gelockerter Form — nicht besteht, ist kein Besitz vorhanden, somit auch dann nicht, wenn ein Nebenbesitzer den anderen praktisch verdrängt. Dieser Fall dürfte in RG. Bd. 105 S. 413 praktisch geworden sein.

Der Kläger besaß Bromkali, das für ihn bei S. lagerte. Der Beklagte ließ es pfänden.

Das Reichsgericht führt in der Begründung gemäß der von ihm vertretenen Ansicht der Unmöglichkeit eines Nebenbesitzes aus: „Die Möglichkeit, daß S. nach der Pfändung etwa zugleich für den Kläger und für den Gerichtsvollzieher den Besitz ausgeübt habe, sei nicht gegeben. Dem Gerichtsvollzieher gegenüber sei S. verpflichtet, die Ware jederzeit zur Veräußerung herauszugeben. Damit ließe sich die Pflicht, die Ware für den Kläger zu verwahren, nicht vereinigen."

Die Begründung des Reichsgerichts ist auch nach der hier vertretenen Ansicht im Ergebnis richtig. Zwar mag S. den Willen gehabt haben, auch dem Kläger mittelbaren Besitz zu vermitteln. Aber neben der öffentlich-rechtlichen Verstrickung der Pfandsache war für eine Sachherrschaft des Klägers praktisch kein Raum mehr.

Hier handelt es sich um einen derjenigen Fälle, in denen die Besitzbeziehungen des Nebenbesitzers in unvereinbarem Gegensatz zueinander stehen. Solche Fälle hatte das Reichsgericht bereits in RG. JW. 1932 S. 3763 erwähnt, wo es sagt: „Der unmittelbare Besitzer könne seinen Mittlungswillen nur in Richtung auf e i n e Person betätigen; zum mindesten dürften diejenigen, für die er den mittelbaren Besitz vermitteln wolle, nicht in unvereinbarem Gegensatz zueinander stehen. Es ist allerdings unersichtlich, ob das Reichsgericht durch diese Einschränkung ausdrücken will, daß es Nebenbesitzlagen in gewissen Fällen doch anerkennen will. Nach der Argumentation des Reichsgerichts in den einschlägigen Entscheidungen kann man das kaum annehmen.

Auch der Reichsgerichtsräte-Kommentar [88]) lehnt die Möglichkeit des Nebenbesitzes ab und weist darauf hin, daß es sich in den geschilderten Fällen niemals um ein „Nebeneinander" handeln könne, sondern diese Fälle liefen stets auf ein „Nacheinander" hinaus. Dem RGR.Komm. muß man ebenfalls den Vorwurf einer ungerechtfertigten Verallgemeinerung machen. Die Fälle von nacheinander wechselnden Besitzpositionen können als Ausfluß des subjektiven Elementes beim mittelbaren Besitz selbstverständlich vorkommen; ebensogut aber auch ein Nebeneinander. Der RGR.-Komm. lehnt mit dieser Begründung auch im folgenden Beispiel die Möglichkeit eines Nebenbesitzes ab:

88) zu § 868 Ziffer 6.

Der Kommissionär, der die ihm von A zum Verkauf übergebenen Waren dem B gegenüber als sein Eigentum ausgibt, und sich dem B gegenüber verpflichtet, sie fortan als dessen Kommissionär zu verkaufen, hält dieses vor A geheim und „geriert" sich ihm gegenüber weiterhin als dessen Kommisionär, zeigt ihm bei Besichtigung die Waren, sendet ihm Abrechnungen usw.

Nach Ansicht des RGR.Komm. hat der Kommissionär erst den mittelbaren Besitz des B begründet und damit — trotz etwaigen geheimen Vorbehaltes — den mittelbaren Besitz des A zerstört. „Wenn er dann später dem A gegenüber Handlungen vornehme, welche als ein Wiederherstellen des mittelbaren Besitzes von A gedeutet werden müßten, so würde damit der mittelbare Besitz des B wiederum zerstört. Dieses Hinüber und Herüber könne sich beliebig oft wiederholen, immer aber bleibe es ein Nacheinander, kein Nebeneinander."

Diese Konstruktion läßt den Gedanken aufkommen, daß das Reichsgericht und der RGR.-Komm. diese Besitzfrage in Anlehnung an ähnliche Probleme des Eigentumsrechtes lösen. Diese Parallele zum Eigentumsrecht liegt zwar nahe, führt aber zu falscher Bewertung des Besitzes. Der Besitz ist kein dingliches Recht an einer Sache, das nur dem einen oder dem anderen oder mehreren untereinander rechtlich verbunden zustehen kann; er ist tatsächliches Herrschaftsverhältnis zur Sache, das mehrere Personen unabhängig voneinander haben können. Das beweist der geschilderte Fall. Wenn im vorliegenden Fall A und B das Kommissionslager aufsuchen und jeder „seine" Waren besichtigt, der Kommissionär auch alle erbetenen Auskünfte gibt und dergl., dann äußert sich in der willensmäßigen Anerkennung des Kommissionärs eben der mittelbare Besitz. Man fragt sich, ob der Besitz des einen immer n u r gerade dann bestehen soll, wenn er mit dem Verwahrer vor der eingelagerten Ware steht. Sollte er jedesmal beendet sein, wenn der andere kommt und die Ware besichtigt? Es kann doch auch der Fall eintreten, daß beide in Gegenwart des Kommissionärs gleichzeitig die eingelagerte Ware besichtigen, ohne daß dadurch unbedingt das Nebenbesitzverhältnis aufgedeckt zu werden braucht, indem beispielsweise jeder den anderen für einen Hauptinteressenten hält oder beide garnicht miteinander in Berührung kommen. Hier scheitert die Lösung des Reichsgerichts, denn die Gleichzeitigkeit kann hier nicht in ein Nacheinander aufgelöst werden. Richtigerweise haben hier beide, sowohl A wie auch B, mittelbaren Besitz, da beide nach der Verkehrsanschauung eine tatsächliche Herrschaft über die eingelagerten Waren ausüben, die sich in Besichtigungen, Abrechnungen, Anweisungen oder anderen Vorgängen und Beziehungen zwischen je einem mittelbaren Besitzer und dem unmittelbaren Besitzer oder auch im Verhältnis zu Dritten äußert. Diese Rechts- oder besser Sachlage bleibt solange bestehen, bis die Besitzbeziehungen der mehreren Nebenbesitzer in einen unvereinbaren Gegensatz zueinander geraten, bis einer von ihnen seinen

Besitz so verdichtet[89]), daß daneben kein Besitz eines anderen mehr möglich ist.

In dem ähnlichen bereits erwähnten Fall[90]), in dem der unmittelbare Besitzer gleichzeitig an mehrere Banken Lagerscheine, aus denen sich sein Besitzmittlungswille ergibt, gleichzeitig zur Absendung bringt, kommt das Reichsgericht ebenfalls zu dem hier bekämpften Ergebnis: Ein Nebenbesitz sei nicht möglich. Mittelbarer Besitzer sei der, dem gegenüber die Erklärung des unmittelbaren Besitzers zuletzt wirksam geworden sei.

Das Reichsgericht hält diese Lösung auch nicht für unbillig. In einem so ungewöhnlichen Falle dürfe auch die rechtliche Lösung ungewöhnlich erscheinen.

Diese Entscheidung ist aber nicht nur ungewöhnlich, sie ist auch unbillig. Sie bevorzugt ohne rechtlichen Grund eine Person aus einem größeren Kreis, die praktisch durch den Zufall bestimmt wird: nämlich dadurch, ob ihr die von B abgegebene Erklärung früher oder später als den anderen Beteiligten zugeht. Die Entscheidung wäre damit in die Hände der Zustellungsorgane gegeben. Das Reichsgericht dürfte sich bei dieser Entscheidung im wesentlichen von prozessualen Erwägungen haben leiten lassen. Denn für die Rechtsprechung ist es leichter, den Bestand des mittelbaren Besitzes an die verhältnismäßig stets leicht zu treffende Feststellung zu knüpfen, wem gegenüber eine Erklärung zuletzt wirksam geworden ist, als im Einzelfalle abzuwägen, ob zwischen mittelbarem Besitzer und Sache noch ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis besteht, bzw. ob unter den mehreren Besitzpositionen eine ist, die soviel Gewicht hat, daß sie die anderen verdrängt. Diese Schwierigkeit darf aber nicht dazu führen, die Nebenbesitzpositionen als unmöglich abzutun. Eine Handhabe zur treffenden Entscheidung bleibt immer die Erforschung des Mittlerwillens, die im Zusammenhang mit der Bewertung sämtlicher tatsächlicher und rechtlicher Umstände die tatsächlichen Herrschaftsmöglichkeiten klarlegen kann. Hatte der unmittelbare Besitzer einen wichtigen Grund, mehreren zur gleichen Zeit Sachherrschaft zu vermitteln, z. B. um die Aufdeckung eines Betrugsfalles zu verhindern, so muß man diesen Willen auch berücksichtigen. Diese Forderung erhebt die konsequente Befolgung der subjektiven Theorie; und prozessuale Schwierigkeiten sollten, wenn sie ausgeräumt werden können, einer billigen Entscheidung nicht im Wege stehen.

Es kann deshalb auch nicht anerkannt werden, wenn das Reichsgericht aus „inneren Gründen" den Nebenbesitz in diesen Fällen ablehnt. Es führt dazu aus[91]): „Wenn schon es dem unmittelbaren Besitzer freistehe, seinerseits ein neues Besitzmittlungsverhältnis zu schaffen, so könne ihm doch nicht die Befugnis zuerkannt werden, die dadurch eintretenden Rechtsfolgen von sich aus zu be-

89) Probst a.a.O. S. 216.
90) Siehe oben S. 2; siehe auch RG in JW. 1932 S. 3765.
91) RG. in JW. 1932 S. 3765.

stimmen und dabei in die grundsätzliche Ausschließlichkeit des Besitzes einzugreifen. Stände es in seinem Belieben, mehrere nebeneinander — vielleicht während längerer Zeit — herlaufende mittelbare Besitzberechtigungen zu begründen, so würde dadurch große Rechtsunsicherheit erzeugt." Die Rechtsunsicherheit begründet das Reichsgericht damit, daß es unklar sei, welchem der mittelbaren Besitzer die in § 1006 BGB. geordnete Eigentumsvermutung zukommen sollte. Deshalb müsse der § 868 BGB. in der vom Reichsgericht vertretenen Weise ausgelegt werden.

Hierzu muß folgendes festgestellt werden:

Dem Gesetzes w o r t l a u t in § 868 BGB. kann man keine bestimmende Bedeutung beimessen. Ihm liegt keine bestimmte rechtliche Gestaltung der Besitzverhältnisse zu Grunde, da diese Frage bei der Fassung des Gesetzes bewußt offen gelassen wurde. In dieser Bestimmung kann somit auch der zur Lösung des Problems zu erkennende rechtliche Grundsatz nicht gefunden werden. Es ist deshalb aus dem Wortlaut der Norm durch Auslegung nicht zu erkennen, wie der Gesetzgeber sich speziell zu dem Problem des Nebenbesitzes gestellt hat; und zwar deshalb nicht, weil 1. wie aus den Materialien ersichtlich, der Gesetzgeber nicht das letzte Wort in der Regelung der Besitzverhältnisse sprechen, sondern der organischen Entwicklung ihren Lauf lassen wollte. Außerdem konnten 2. die hier in Frage stehenden Konfliktsfälle nicht vorausgesehen werden. Der mittelbare Besitz wurde als neues Rechtsinstitut eingeführt, sodaß unmöglich alle praktischen Auswirkungen übersehen werden konnten. In er Anerkennung des Nebenbesitzes äußert sich deshalb nicht die Neugestaltung eines vom Gesetz abweichenden Begriffes, sondern die Entdeckung einer auch seit Inkrafttreten des Gesetzes — allerdings latent — vorhandenen Variation des Besitzes.

Damit entfällt denn auch das vom Reichsgericht geltend gemachte Argument, daß die Anerkennung des Nebenbesitzes als „Andersgestaltung" den allgemeinen Grundsätzen des Sachenrechtes widerspreche.

Der Einwand der Rechtsunsicherheit vermag ebenfalls die vom Reichsgericht vertretene Ansicht nicht zu stützen. Zunächst fragt es sich, wann sie größer ist, ob dann, wenn eine mittelbare Besitzposition nur an die Feststellung der jeweiligen subjektiven Einstellung des unmittelbaren Besitzers geknüpft ist, oder dann, wenn man sie erst nach objektiven tatsächlichen Verhältnissen für beendet hält, dafür aber die Möglichkeit eines mehrfachen gleichstufigen Besitzes in Kauf nimmt. M. E. ist sie im ersten Falle größer.

Ferner ist aber auch bedenklich, ein Problem mit dem Argument, daß die Rechtssicherheit gefährdet sei, lösen zu wollen. Mit der Rechtssicherheit korrespondiert die Verkehrssicherheit; was man der einen zufügt, nimmt man der anderen. Somit würde eine stärkere Betonung der Rechtssicherheit eine Einschränkung der Verkehrssicherheit zur Folge haben. Daß diese aber vom Gesetzgeber

besonders im Sachenrecht in großem Maße berücksichtigt worden ist, beweisen die §§ 932 ff. BGB.

Die Regelung der Eigentumsvermutung nach § 1006 BGB. dürfte schließlich keine Schwierigkeiten machen. Nach dieser Bestimmung gilt zugunsten des Besitzers einer beweglichen Sache die Vermutung, daß er Eigentümer einer Sache sei. Die Anwendung dieser Vermutung auf den mittelbaren Besitzer ist ausdrücklich im Abs. 1 dieses Paragraphen vorgesehen. Das Bestehen einer Rechtsvermutung bedeutet, daß bis zum Beweise des Gegenteils die in der Vermutung enthaltene Regelung als rechtmäßig gilt, in diesem Falle also, daß der mittelbare Besitzer, solange als Eigentümer „gilt", bis diese Vermutung widerlegt ist. Bedeutung hat die Vermutung jedoch nur im Prozeß.

Diese Vermutung gilt, da auch zugunsten des mittelbaren Besitzers, auch zugunsten des Nebenbesitzers. Er gilt jedem Dritten gegenüber als Eigentümer, wenn er Gelegenheit hat, sich im Prozeß darauf zu berufen[92]). Sollte der Fall eintreten, daß mehrere Nebenbesitzer in einem Prozeß gleichzeitig in Erscheinung treten, so werden die Nebenbesitzverhältnisse aufgedeckt, wodurch die Rechtsvermutung ihre Wirksamkeit verliert; denn da die mehreren Nebenbesitzer regelmäßig kein Miteigentum an der Sache haben, ist die Vermutung enthaltene Regelung als rechtmäßig gilt, in diesem Falle erbracht werden.

Im Verhältnis der Nebenbesitzer untereinander kann die Vermutung des § 1006 BGB. natürlich nicht durchgreifen. Die Schwierigkeit ist aber auch hier nicht größer als in jedem anderen Falle, in dem eine gesetzliche Vermutung nicht besteht und deshalb der angeblich Berechtigte den Beweis für seine Rechtsstellung erbringen muß. Außerdem weist Dölle[93]) darauf hin, daß die „zeitliche Folge des Besitzstandes eine gewisse Ordnung in die Beziehungen der Besitzer untereinander bringe".

Man kann also nicht mit Tettenborn[94]) sagen, daß die Anerkennung des Nebenbesitzes in diesem Punkte zu einer heillosen Verwirrung führen würde. Die Schwierigkeiten sind auch nicht größer als nach der Theorie des Reichsgerichts bei einem Nacheinander der mittelbaren Besitzpositionen. Denn das Reichsgericht müßte bei § 1006 BGB. prüfen, wen der unmittelbare Besitzer im Augenblick als mittelbaren Besitzer anerkennt; diese Untersuchung verliert dadurch an Wert[95]), daß der unmittelbare Besitzer seine Einstellung jederzeit ändern kann.

Wenn das Reichsgericht zum Beweise der Unmöglichkeit des Nebenbesitzes schließlich auf den Wortlaut des § 868 BGB. hinweist und zwar anscheinend als Hauptargument, so ergibt sich schon daraus die Zweifelhaftigkeit der hiermit begründeten Anschauung.

92) Dölle in JW. 1932 S. 1212.
93) Ebenda.
94) a.a.O. S. 30.
95) Probst a.a.O. S. 219.

Das durch die Anwendung von sprachlichen Hilfsmitteln aus den Gesetzesworten gewonnene Vorstellungsbild verschiebt sich, wenn bei der Anwendung der sprachlichen Regeln auch noch andere Anhaltspunkte berücksichtigt werden. Heck [96]) stellt deshalb dem reinen Wortlaut einen „kombinierten Wortlaut" gegenüber und weist darauf hin, daß eine Reihe von Schwächen der reinen sprachsichen Auslegung bei der sprachlichen Auslegung des Gesetzes besonders stark hervortreten [97]); „hindernd sei für eine derartige Auslegung in vielen Fällen die große Unbestimmtheit der reinen Wortbedeutung. Neben eigentlicher Mehrdeutigkeit gebe es oft einen Vorstellungskern, den nächstliegenden Wortsinn und einen Vorstellungshof, der allmählich zu wortfremde Vorstellungen führe [98]). Auch ließen sich die sprachlichen Regeln von anderen Regeln nicht genau abgrenzen, denn das sprachliche Wissen hänge von sachlichem Wissen ab [99]).

Betrachtet man unter diesen Gesichtspunkten das vom Reichsgericht vorgetragene Wortlautargument, so dürfte man ihm keine oder nur unwesentliche Bedeutung beimessen. Bei der Frage, ob der Gesetzgeber, wenn er in der Norm von „dem" Besitz im Singular spricht, damit ausdrücken will, daß es mehrfachen Besitz nicht geben dürfe, so sind, wie Heck sagt, auch andere Anhaltspunkte zu berücksichtigen. Diese finden wir bei einem Vergleich mit anderen Normen, in denen ein Rechtsinstitut ebenfalls im Singular erwähnt wird. In § 985 BGB. spricht der Gesetzgeber von „der" Sache, in § 372 BGB. von „dem" Schuldverhältnis, in § 1204 BGB. Abs. 2 von „dem" Pfandrecht usw., ohne daß er damit dem Artikel mehr als grammatikalische Bedeutung beimißt. Es ist die allgemein im Gesetz gebräuchliche Terminologie. Eine besondere Bedeutung des bestimmten Artikels in dem hier behandelten Sinne gibt es in unserer Sprache nicht. Man kann unter „dem" Besitz verstehen, daß es nur e i n e n Besitz gebe, andererseits gebraucht man den bestimmten Artikel in gleicher Weise, wenn man über die Ein- oder Mehrmaligkeit des Objekts nichts aussagen will. Ein größerer oder geringerer Grad von Wahrscheinlichkeit kommt weder der einen noch der anderen Deutung zu. Dieses erkennt das Reichsgericht selbst an, indem es den bestimmten Artikel durch besondere Wendungen hervorhebt, wenn ihm die Bedeutung der Einmaligkeit zukommen soll [100]): „Gibt es an einer Sache nur den Besitz, also einen Besitz, so kann es auch nur einen Besitzer geben."

Unverständlich ist der Einwand von Herschel [101]), daß die Anerkennung des Nebenbesitzes Rechtsunsicherheit schaffen und die heute schon bedauerlich geschwächte Publizitätsfunktion des Be-

96) Gesetzesauslegung S. 32 ff., 34 ff., und 122 ff.
97) Heck ebenda S. 123 ff., 46 ff.
98) Heck a.a.O. S. 46 f.
99) Heck a.a.O. S. 124.
100) RG. in JW. 1932 S. 3764.
101) Siehe oben S. 13.

sitzes noch weiter abbauen würde. Das Prinzip der Publizität besagt doch, daß die gegen jedermann wirkenden dinglichen Rechte auch jedem erkennbar sein sollen. Dieses Prinzip ist bereits durch den mittelbaren Besitz außerordentlich stark durchbrochen, da von „Erkennbarkeit" des mittelbaren Besitzes meist nicht die Rede sein kann. Würde man aber, wie Herschel, die Fälle, in denen nach richtiger Anschauung Nebenbesitz vorliegt, auch noch als gewöhnlichen mittelbaren Besitz mit der Fähigkeit, dem Gutgläubigen Eigentum zu übertragen, anerkennen, so läge darin ein vollständiger Bruch mit dem Publizitätsprinzip. Die von Herschel gefürchtete Rechtsunsicherheit droht deshalb nicht von Seiten des Nebenbesitzes, sondern gerade dann, wenn man ihn ablehnt.

Den Einwänden gegen die Möglichkeit des Nebenbesitzes stehen somit ebenso gewichtige Einwände gegenüber. Daß man diesen auch wieder Bedenken entgegenbringen kann, entwertet sie nicht; es ist keine Beweisführung so geschlossen, daß man ihr nicht ein Bein stellen könnte. M. E. aber haben die vorgetragenen Gründe und die Entwicklung der Rechtsfigur des Nebenbesitzes aus der gesamten Besitzlehre mehr Gewicht als eine nur auf äußere Gründe gestützte Beweisführung. Denn letzten Endes ist dieses Problem nur aus dem § 868 BGB. zu lösen. Diese Bestimmung umfaßt, wie die Entwicklung und schließliche Gestaltung des Besitzrechtes ergeben, auch den Nebenbesitz; denn dadurch, daß das Gesetz durch die Einführung des mittelbaren Besitzes anerkannt hat, daß mehrere Personen die tatsächliche Sachherrschaft über ein und dieselbe Sache haben können, hat es zu erkennen gegeben, daß es das Besitzrecht nicht aus der Theorie, sondern vom Leben aus beantwortet wissen will. Wenn somit im Rechtsverkehr der Zustand eintritt, daß beim mittelbaren Besitz mehrere Personen über eine Sache die tatsächliche Sachherrschaft haben, so kann man den Nebenbesitz nicht mit dem Argument abtun, daß *diese* Rechtsfigur vom Gesetz nicht gewollt sei.

Aber selbst wenn man den Nebenbesitz nicht als den in § 868 BGB. enthaltenen Fall anerkennen will, könnte man sich seiner Entwicklung kaum entgegenstellen. Selbst im Sachenrecht haben die praktischen Bedürfnisse zu neuen Rechtsgestaltungen geführt. Es sei nur an die Entwicklung des heute anerkannten besitzlosen Pfandrechtes in Form der Sicherungsübereignung erinnert.

Diese Gedankengänge brauchen m. E. aber nicht verfolgt zu werden, da der Nebenbesitz ein Fall des § 868 BGB. ist, der nur deshalb nicht ausdrücklich geregelt wurde, weil der Gesetzgeber diese Art von Konfliktsfällen unmöglich voraussehen konnte.

Entgegen der Anschauung des Reichsgerichts muß deshalb als Ergebnis der Untersuchung festgestellt werden:

Will ein unmittelbarer Besitzer mehreren Personen, bei tatbestandsmäßiger Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses im Sinne des § 868 BGB. mit

jeder dieser Personen, mittelbaren Besitz vermitteln, so sind diese Nebenbesitzer.

Der Nebenbesitz eines Berechtigten erlischt trotz des Mittlungswillens des unmittelbaren Besitzers, wenn sich aus der Bewertung der gesamten vorliegenden Umstände ergibt, daß von der Ausübung einer Sachherrschaft keine Rede mehr sein kann. Diese Umstände sind für jeden einzelnen Nebenbesitzer besonders festzustellen.

Die Verdrängung eines Nebenbesitzers ist auch durch tatsächliche Verdichtung des Herrschaftsverhältnisses eines anderen Nebenbesitzers möglich.

5. Das Wesen des Nebenbesitzes.

Da die möglichkeit des Nebenbesitzes bejaht wurde, taucht die Frage auf, welche der allgemein zum Wesen des mittelbaren Besitzes gehörenden Eigenschaften und Rechtswirkungen dem Nebenbesitz zukommen. Denn es wurde zwar festgestellt, daß auch der Nebenbesitz echter mittelbarer Besitz ist, daß er aber gegenüber dem schlichten mittelbaren Besitz doch eine Besonderheit wegen der bestehenden Konkurrenzen im Besitz darstellt. Deshalb kann der Nebenbesitz die üblichen Wirkungen des mittelbaren Besitzes nur Dritten gegenüber haben, nicht aber im Verhältnis der Nebenbesitzer untereinander. Da diese durch ein Rechtsverhältnis nicht verbunden sind, sind ihre Rechtsverhältnisse stets gesondert zu betrachten.

a) Entstehung und Untergang des Nebenbesitzes.

Wenn man zunächst die Entstehung des Nebenbesitzes betrachtet, so stellt man gegenüber der Begründung des mittelbaren Besitzes mehrere Abweichungen fest.

Der Nebenbesitz entsteht dann, wenn ein unmittelbarer Besitzer, der bereits einen Oberbesitzer anerkennt, durch die tatbestandsmäßige Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses im Sinne des § 868 BGB. einen oder mehrere andere ebenfalls als Oberbesitzer anerkennt. Die Entstehung des Nebenbesitzes setzt somit grundsätzlich das Bestehen eines bereits begründeten Besitzmittlungsverhälnisses voraus. Das gleichzeitige Entstehen von Nebenbesitzlagen dürfte selten sein, da eine gleichzeitige Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses mit mehreren Oberbesitzern das Bestehen einer Rechtsbeziehung zwischen den Oberbesitzern (Gesamthandverhältnis, Miteigentum etc.) voraussetzt. Diese Fälle scheiden jedoch aus, da sie mit dem hier behandelten Probleme nichts zu tun

haben. Richtigerweise spricht man nicht von der „Begründung", sondern von der „Entstehung" des Nebenbesitzes. Der Wille des unmittelbaren Besitzers geht auf die Begründung eines weiteren Besitzmittlungsverhältnisses. Die Wirkung, daß dadurch der bisher bestehende mittelbare Alleinbesitz zu einem Nebenbesitz herabsinkt, tritt unabhängig vom Willen des unmittelbaren Besitzers ein.

Die einmal begründeten Nebenbesitzlagen bestehen solange, wie die Anerkennung des unmittelbaren Besitzers dauert und bis die tatsächlichen Verhältnisse ergeben, daß offensichtlich nur noch ein Oberbesitzer ein Herrschaftsverhältnis zur Sache hat. Die möglichen Fälle sind oben geschildert worden. Außer durch die Verdrängung eines Nebenbesitzers durch einen anderen Nebenbesitzer endigt der Nebenbesitz dadurch, daß die Sache an einen der Nebenbesitzer herausgegeben wird. Der eine Nebenbesitz erstarkt zum unmittelbaren Alleinbesitz, während der andere Nebenbesitz erlischt. Schließlich hört der Nebenbesitz jedenfalls dann auf, wenn der Besitzmittler seinen unmittelbaren Besitz aufgibt oder verliert.

b) Wirkung des Nebenbesitzes im allgemeinen.

Als echter Besitz wird der Nebenbesitz in den Fällen, in denen das Gesetz vom mittelbaren Besitz oder auch nur von Besitz schlechthin spricht, damit aber auch die Fälle des mittelbaren Besitzes meint, regelmäßig ebenfalls erfaßt. Abweichungen können sich aus dem besonderen Wesen des Nebenbesitzes ergeben, wie z. B. bei der Legitimationswirkung zum Zwecke gutgläubigen Eigentumserwerbs.

So findet zunächst § 857 BGB. auch auf den Nebenbesitz Anwendung. Auch der Nebenbesitz vererbt sich. Dabei ist jedoch an die Möglichkeit zu denken, daß bei unbekannten oder unbestimmten Erben eine derartige Lockerung der Herrschaftsbeziehung dieser Erben zur Sache eintritt, daß von einem wirklichen Machtverhältnis nicht mehr die Rede sein kann. In solchen Fällen würde der Nebenbesitz des anderen — falls keine weiteren Nebenbesitzer vorhanden sind — zum mittelbaren Alleinbesitz erstarken.

Weiterhin genießt auch der Nebenbesitzer Besitzschutz nach § 869 BGB. Die für den Nebenbesitz geltende Einschränkung gleicht der Regelung der Eigentumsvermutung nach § 1006 BGB., die bereits erwähnt wurde und deshalb hier übergangen werden kann. So können sich die Nebenbesitzer nur Dritten gegenüber stets auf § 869 BGB. berufen; im Verhältnis der Nebenbesitzer untereinander greift diese Vorschrift jedoch nicht durch.

Nach § 869, Satz 2, 2. Alternative, BGB. kann der Nebenbesitzer, falls der unmittelbare Besitzer den Besitz nicht wieder übernehmen will, verlangen, daß ihm selbst der unmittelbare Besitz eingeräumt wird. Erlangt er so den unmittelbaren Besitz, so gehen dadurch alle sonstigen zu der betreffenden Sache bestehenden Nebenbesitzlagen unter.

Der Nebenbesitz ist nach § 870 BGB. durch Abtretung des obligatorischen Herausgabeanspruchs übertragbar. Der Zessionar erlangt durch die Abtretung ebenfalls Nebenbesitz. Er tritt in die gleiche Stellung neben die anderen (unbekannten) Nebenbesitzer, die vorher der Zedent innegehabt hat. Daß subjektive Besitzmittlungsbeziehungen zwischen unmittelbarem Besitzer und Zessionar hier nicht in der konkreten Form wie regelmäßig vorliegen, schadet nichts, da die Gesetzesbestimmung den Übergang des Besitzes lediglich an die Abtretung des Herausgabeanspruches anknüpft[102]).

Eine weitere Stufung des Nebenbesitzes im Sinne des § 871 BGB. ist möglich. Vereinbart ein Nebenbesitzer mit einem Dritten ein Verhältnis im Sinne des § 868 BGB., vermöge dessen der Nebenbesitzer sich unter Beibehaltung seiner Besitzerstellung diesem Dritten unterordnet, so erlangt der Dritte mittelbaren Nebenbesitz zweiten Grades. Dieser mittelbare Nebenbesitz zweiten oder auch höheren Grades ist ebenfalls echter mittelbarer Besitz[103]). Schließlich ist auch eine Stufung des mittelbaren Nebenbesitzes dadurch möglich, daß ein mittelbarer Nebenbesitzer zwischen sich und den unmittelbaren Besitzer einen neuen mittelbaren (Neben-) Besitzer schiebt. So, wenn der Nebenbesitzer seinen Herausgabeanspruch gegen den unmittelbaren Besitzer abtritt, aber gleichzeitig den neuen mittelbaren ihm untergeordneten Nebenbesitzer zur Herausgabe an sich verpflichtet. In diesem Falle rückt der alte mittelbare Besitzer um eine Stufe auf seiner Besitzleiter hinauf, auf der er nunmehr eine Stufe über dem neuen mittelbaren Nebenbesitzer steht. Der Fall kann praktisch werden, wenn z. B. ein Eigentümer die bei seinem Besitzmittler P befindliche Sache durch Abtretung des Herausgabeanspruches dem C verpfändet und den P hiervon in Kenntnis setzt. Wenn während dieser Zeit der P sowohl dem E wie auch einem anderen, D, den Besitz vermittelt hat, so sind C und D mittelbare Nebenbesitzer ersten Grades; E ist Nebenbesitzer zweiten Grades.

c) ... insbesondere die Legitimationskraft des Nebenbesitzes beim gutgläubigen Eigentumserwerb.

Eine größere Bedeutung als in den unter b) angedeuteten Fragen hat das Problem des Nebenbesitzes zweifellos im Rahmen des § 934 BGB. beim Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten. Die Fragestellung heißt hier: Genügt ein Nebenbesitz den Anforderungen, die das BGB., insbesondere der § 934, 1. für das Vorhandensein (§ 934 Halbsatz 1), 2. für die Erlangung (§ 934 Halbsatz 2) des Besitzes beim gutgläubigen Fahrniserwerb aufstellt?

102) Auch im Falle der Abtretung ist eine so starke Verflüchtigung der Sachherrschaft möglich, daß sie zur Aufhebung eines Nebenbesitzes führen kann.

103) Bezüglich der Herrschaftslockerung bestehen hier die gleichen Bedenken wie im vorigen Fall.

In dem vom Reichsgericht [104]) entschiedenen Zucker-Fall [105]) hat der Senat angenommen, daß der unredliche Veräußerer selbst keinen mittelbaren Besitz an dem eingelagerten Zucker gehabt habe und war deshalb nur zur Prüfung der zweiten Alternative gekommen, nämlich, ob die Erlangung des Nebenbesitzes durch den Erwerber Erlangung des Besitzes im Sinne des § 934 Halbsatz 2 BGB. ist. Diese Frage hat das Reichsgericht vorbehaltlos bejaht. Der gleichen Ansicht war das Hanseatische OLG. als Vorderrichter dieser Sache. Folgerichtig müßten deshalb auch beide den Nebenbesitz als Gutglaubensgrundlage im Falle des § 934 BGB. 1. Alternative anerkennen, da Gründe für eine unterschiedliche Behandlung dieser beiden Fälle kaum anzuführen wären.

Den gegenteiligen Standpunkt vertritt Dölle [106]) in seiner Besprechung zu dieser Reichsgerichtsentscheidung. Seiner Ansicht nach reicht der Nebenbesitz zum Eigentumserwerb nach § 934 BGB. nicht aus.

Zu dem gleichen Ergebnis kommt M. Wolff [107]), der die Nebenbesitzer anscheinend wie gleichstufige mittelbare Mitbesitzer, die sich für mittelbare Alleinbesitzer halten, behandeln will. Da das Vorhandensein und die Verschaffung des bloßen Mitbesitzes nach herrschender Auffassung für den Erwerb des vollen Eigentums am Fahrnis vom Teil- oder Nichtberechtigten nicht genügt [108]), muß auch Wolff notwendig zu diesem Ergebnis kommen.

Die Antwort auf die Frage nach der Legitimationskraft des Nebenbesitzes kann nicht lediglich durch eine Untersuchung rein besitzrechtlicher Grundfragen gefunden werden. Ob einer Besitzstellung eine schwächere oder stärkere Legitimationskraft zukommt, ist keine Frage des Besitzrechtes. Die Legitimationskraft ist auch keine wesentliche Eigenschaft des Besitzes. Dieser erschöpft sich in dem rein tatsächlichen Herrschaftsverhältnis über die unterworfene Sache. Die dem Besitz anhaftende Fähigkeit, seinem gutgläubigen Inhaber bzw. dem auf ihn vertrauenden Erwerber das Eigentum auch vom Nichtberechtigten zu verschaffen, ist ein von Verkehrsbedürfnissen diktiertes und vom Gesetzgeber beigefügtes Attribut des Besitzes. Eine typische Wesenseigenschaft des Besitzes ist sie aber nicht. Deshalb ist auch das Bedenken des Reichsgerichts [109]), daß bei Anerkennung des Nebenbesitzes mit Rücksicht auf dessen schwächere Legitimationskraft ein Besitz zweiten Ranges geschaffen

104) RGZ. Bd. 135 S. 75.
105) Bezüglich des Sachverhaltes siehe oben Seite 5!
106) JW. 1932 S. 1212 Anm. 13.
107) Rechtsgutachten vom 7. 5. und 10. 6. 1931, angef. in den Entsch. d. RG. RG. Bd. 135 S. 75 ff. und JW. 1932 S. 3765; s. auch Wolff, Sachenr. § 69 Anm. 21.
108) Bezügl. der Verschaffung des unmittelbaren Besitzes hat das RG. dieses bereits ausgesprochen: s. RG. Gruch. Beitr. Bd. 62 S. 614 ff.
109) JW. 1932 S. 3765.

würde, nicht so schwerwiegend, wie es zunächst scheinen mag[110]); denn der Besitz als Tatbestand und als Recht wird durch diese Frage nicht berührt. Die Qualifizierung zur Eigentumsübertragung erhält der Besitz erst durch die speziellen sachenrechtlichen Bestimmungen der §§ 932 ff. BGB. Es sind also Grundsätze des Eigentumsrechtes und nicht des Besitzrechtes, die darüber entscheiden.

Somit sind die Grundgedanken des gutgläubigen Erwerbs, wie sie in den §§ 932 ff. BGB. zum Ausdruck gekommen sind, herauszustellen und sinngemäß auf den Nebenbesitz anzuwenden.

Im Sachenrecht gilt als leitender Grundsatz das Publizitätsprinzip. Die dinglichen Rechte, die gegen jedermann wirken, sollen nach Möglichkeit auch für jeden erkennbar sein. Zur Kundmachung des dinglichen Rechtes dient bei beweglichen Sachen der Besitz. Hierauf beruht der Schutz des guten Glaubens im Sachenrecht: Unter bestimmten Voraussetzungen kann ein gutgläubiger Erwerber auch von einem Nichtberechtigten, der durch den Besitz einer Sache als der Berechtigte erscheint, dingliche Rechte erwerben. Für das vorliegende Problem interessiert vor allem, daß Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs 1. der Besitz des Nichtberechtigten und 2. das Vertrauen des gutgläubigen Erwerbers auf diesen Rechtsschein sind. Die §§ 932 ff. BGB. zeigen aber, daß der Gesetzgeber nicht allein auf diesen Vertrauensmomenten den Gutglaubenserwerb aufgebaut hat. Aus den den angeführten Bestimmungen innewohnenden Grundgedanken sind weitere Voraussetzungen zu erkennen.

1. Der gutgläubige vertrauende Erwerber muß durch eine formalgültige Verfügung des Veräußerers die tatsächliche Sachherrschaft über die Sache bekommen. Der Besitz des Veräußerers berechtigt ihn, diesen für den Eigentümer der Sache zu halten. Die Erlangung des Besitzes erst verschafft ihm in Verbindung mit seinem guten Glauben das Recht[111]).

Dieses Erfordernis der Erlangung des Besitzes zeigt § 932 BGB. Er knüpft den gutgläubigen Erwerb an die Erlangung des unmittelbaren Besitzes durch den Erwerber. Deutlicher ist in dieser Hinsicht die Bestimmung des § 933 BGB. Sie schließt den Erwerb vom Nichtberechtigten trotz Vorliegens aller übrigen Erfordernisse aus, wenn der Erwerber nicht den unmittelbaren Besitz der Sache erlangt, sondern mit dem unberechtigten Veräußerer ein Besitzkonstitut abschließt. Diese Bestimmungen verlangen also, daß die bestehende Besitzlage eindeutig zugunsten des redlichen Erwerbers sprechen muß, um den Erwerb vom Nichtberechtigten zu vollenden. Erst wenn der Erwerber die Sachherrschaft über die Sache ergriffen hat und der bisherige Eigentümer keinen Besitz mehr hat, ist der

110) Die gleichen Bedenken hat Tettenborn a.a.O. S. 30: Die Anerkennung des Nebenbes. hätte verschiedene Qualifikationen d. Bes. zur Folge, da praktisch doch nur einer der mittelbaren Bes. in der Lage sei, die tatsächl. Herrschaft auszunutzen und die Vorteile des mittelbaren Besitzes zu genießen.

111) H. Meyer a.a.O. S. 85 f., 95.

Eigentumserwerb vollendet. Nach § 932 BGB. verliert der bisherige Eigentümer seinen mittelbaren Besitz dadurch, daß der unredliche Veräußerer und Besitzmittler seinen unmittelbaren Besitz freiwillig aufgibt. Deshalb verliert er sein Eigentum bei einer Veräußerung seitens seines Besitzmittlers durch die Vereinbarung eines Besitzkonstitutes nicht, weil er in diesem Falle selbst noch Sachherrschaft über seine Sache hat[112]). Erst wenn diese gebrochen wird, z. B., wenn der Besitzmittler die Sache dem redlichen Erwerber herausgibt, verliert er sein Eigentum.

Rechtspolitisch ist diese Regelung verständlich. Der Eigentümer, der seine Sache aus der Hand gibt, muß im Interesse einer allgemeinen Verkehrssicherheit weichen, wenn durch den von ihm veranlaßten Rechtsschein Dritte getäuscht werden. Die dadurch einmal geschaffene Besitzlage soll nach Möglichkeit erhalten bleiben. Vereinbart dagegen der redliche Erwerber mit dem unredlichen Veräußerer ein Besitzkonstitut, so schenkt er ihm das gleiche Vertrauen wie der Eigentümer und verdient daher nicht, Eigentum auf dessen Kosten zu erwerben. Die bestehende Besitzlage spricht jetzt nicht mehr eindeutig zu Gunsten des Erwerbers. Somit bleibt der Eigentümer, da er auch Besitzer ist — weiterhin im Genusse seines Rechtes. Man muß deshalb als weitere Voraussetzung[113]) des Gutglaubenserwerbes gemäß den Grundgedanken der §§ 932, 933 BGB. verlangen, daß

2. der Eigentümer keinen Besitz mehr hat. Der gutgläubige Erwerber wird nicht Eigentümer, wenn nicht ein offensichtlicher Besitzwechsel stattgefunden hat, und die Besitzlage nicht eindeutig zugunsten des Erwerbers spricht. So insbesondere, wenn der Eigentümer selbst noch Besitzer ist.

Bei einer Untersuchung, wie die folgenden Bestimmungen dieses Titels sich diesem Grundsatz unterordnen, zeigt sich, daß § 934 BGB. (zweiter Fall) grundsätzlich keine Abweichung darstellt. Wenn der veräußernde Nichteigentümer nicht mittelbarer Besitzer der Sache ist, folgt das Recht der bestehenden Besitzlage: Hat der Erwerber den unmittelbaren Besitz an der veräußerten Sache erlangt, so ist die Sachlage die gleiche wie im Falle des § 932 BGB. Die Besitzlage spricht dann eindeutig zugunsten des besitzenden redlichen Erwerbers; der Eigentümer hat keinen Besitz mehr. Infolgedessen erwirbt der Gutgläubige Eigentum.

112) Nach § 933 hindert somit der mittelb. Bes. d. Eigentümers in der Regel den gutgl. Erwerb, solange die Sache noch beim Besitzmittler verbleibt. Das Gesetz knüpft diesen Satz zwar nicht an den mittelbaren Besitz des Eigentümers an. Aus den Motiven ergibt sich aber, daß § 933 BGB. den Eigentümer vor heimlicher Veräußerung durch seine Besitzmittler, oder solche, die es einmal waren, schützen wollte. Daß der Eigentümer auch gegen „stille" Veräußerungen solcher Personen geschützt ist, die nicht in Beziehungen zu ihm standen, ist eine Zufälligkeit der Fassung des § 933 BGB.

113) negative Voraussetzung.

Allerdings ist auch hier eine gewisse Schwierigkeit insofern vorhanden, als durch Rechtsprechung und Lehre als Besitz im Sinne dieser Bestimmung auch der mittelbare Besitz anerkannt wird. Zwar erhält der Erwerber auch durch die Verschaffung des mittelbaren Besitzes echten Besitz; und regelmäßig wird auch durch die Einräumung des mittelbaren Besitzes an ihn auf Grund der Anerkennung des Dritten — des unmittelbaren Besitzers — der mittelbare Besitz des bisherigen Eigentümers untergegangen und damit die Frage im Sinne des eben erkannten Grundsatzes gelöst sein. Hiermit streifen wir schon das Problem. Untersuchen wir jedoch zunächst die erste Alternative des § 934 BGB., wenn der veräußernde Nichteigentümer mittelbarer Besitzer der veräußerten Sache ist. Nach der Gesetzesbestimmung geht das Eigentum auf den Gutgläubigen bereits mit der Abtretung des obligatorischen Herausgabeanspruches über. Die Eigentumsübertragung vollzieht sich hier „rein nur in den Worten rechtsgeschäftlicher Willenserklärung“ [114]), ohne daß eine tatsächliche Verschiebung der Besitzverhältnisse stattzufinden braucht. Eine Veränderung der Besitzverhältnisse ist allerdings auch in diesem Falle enthalten, und unter normalen Verhältnissen auch der Verlust des Besitzes auf seiten des Eigentümers. Aber die strengen Anforderungen, die der Gesetzgeber in den §§ 932 und 933 BGB. an den gutgläubigen Erwerb gestellt hat, hat er hier fallen gelassen. Im § 933 BGB. liegen die Verhältnisse doch ähnlich. Auch hier ist der Veräußerer Besitzer, sogar unmittelbarer Besitzer, und der Besitz soll ebenfalls wie in § 934 BGB. 1. Alternative im Wege rechtsgeschäftlicher Vereinbarung übertragen werden. Trotzdem behandelt der Gesetzgeber beide Fälle in verschiedener Weise. In § 934 Halbs. 1 genügt die Verschaffung des mittelbaren Besitzes für den Eigentumsübergang, im § 933 BGB. genügt sie nicht. Worin liegt die Ursache dieser verschiedenartigen Bewertung?

Diese Bedenken waren bei der Fassung des Gesetzes bereits aufgetreten [115]). Man ging aber über sie hinweg, weil man von einer entsprechenden Regelung zu große praktische Schwierigkeiten befürchtete. Jedenfalls ist diese Regelung als vom Gesetzgeber gewollte Ausnahme hinzunehmen. Daß es sich hier um eine wirkliche Ausnahme gegenüber der Regelung des Gutglaubenserwerbes in den §§ 932, 933 und 934, 2. Alternative, BGB. handelt, beweist auch der § 936 Abs. 3, in dem der herausgestellte Grundsatz wieder klar zum Ausdruck kommt: Steht im Falle des § 931 das Recht dem dritten Besitzer zu, so erlischt es auch dem gutgläubigen Erwerber gegenüber nicht. Es kann also niemandem ein Recht an einer Sache, die er selbst im Besitz hat, entzogen werden.

Man muß deshalb als erkennbaren Grundgedanken der Vorschriften über den gutgläubigen Eigentumserwerb feststellen:

114) Planck-Brodmann.
115) Siehe Prot. Bd. VI, S. 263 f., 365.

Ein Gutglaubenserwerb findet nur dann statt, wenn ein „offensichtlicher Besitzwechsel“ [116]) derart stattgefunden hat, daß der bisherige Eigentümer seinen Besitz verloren und der Erwerber unmittelbaren oder mittelbaren Alleinbesitz erworben hat“ [117]).

Die Frage, ob ein Nebenbesitz des Veräußerers oder des Erwerbers zur Eigentumsübertragung ausreicht, kann mit Hilfe dieses Grundsatzes unschwer gelöst werden.

Ist der Veräußerer Nebenbesitzer der veräußerten Sache (Fall 1, § 934), so findet durch die Abtretung des Herausgabeanspruches kein so offensichtlicher Besitzwechsel statt, daß der Eigentümer seinen Besitz zugunsten des Erwerbers verliert. Der Erwerber erlangt neben ihm nur Nebenbesitz. Die Besitzlage spricht nicht eindeutig zu Gunsten des Erwerbers, sondern in gleichem Maße zu Gunsten des bisherigen Eigentümers. Die Sache verbleibt deshalb dem bisherigen Eigentümer.

Hat der Veräußerer, der den — ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden — Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt, keinen Besitz an der veräußerten Sache (zweiter Fall des § 934 BGB.) und erlangt der gutgläubige Erwerber den Nebenbesitz, so steht auch hier neben dem Nebenbesitz des Erwerbers der Nebenbesitz des (bisherigen) Eigentümers. Ein Eigentumswechsel findet nach dem angeführten Grundsatz deshalb auch hier nicht statt.

Die Anwendung dieses Grundsatzes auf den § 934 BGB., der sich anscheinend über ihn hinwegsetzt, ist keine Minderbewertung des Nebenbesitzes, sondern eine notwendige Einschränkung dieser Bestimmung. Bei der Fassung des Gesetzes konnte man den damals noch nicht bekannten Konfliktsfällen nicht durch Gesetzesbestimmungen entgegentreten. Die entwickelte Regelung ist auch der einzige Weg zu billigen Entscheidungen. Probst [118]) weist hierauf hin, wenn er den Zucker-Fall [119]) so variiert, daß die Zuckerlieferantin V die Beziehungen zu ihrem Abnehmer löst und im Laufe der Abwicklung die bei L lagernden Zuckerbestände zurücknimmt. Soll V, so fragt Probst, den Zucker nach einiger Zeit wieder an die Bank herausgeben, weil diese ihr Darlehen als gefährdet ansieht und darum die Sicherheit zu Geld zu machen wünscht? Man muß Probst darin zustimmen, daß eine solche Lösung nicht dem Rechtsempfinden entspricht. V steht der Ware tatsächlich näher als die Bank.

Als Ergebnis ist somit festzustellen:

---

116) Gierke, Fahrnisbesitz S. 17.

117) J. v. Gierke, Sachenrecht § 29, I: „Es muß ein voller Besitzwechsel stattgefunden haben“. Handel S. 152 Anm. 41: „Ein mit entsprechendem Sachbesitz verbundenes Sachenrecht braucht dem guten Glauben eines entfernter besitzenden Erwerbers nicht zu weichen“.

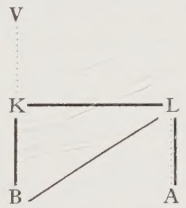
118) a.a.O. S. 225.

119) Siehe oben S. 51

Der Nebenbesitz genügt grundsätzlich nicht den Anforderungen, die das Gesetz an den Besitz als Voraussetzung eines gutgläubigen Eigentumserwerbes stellt.

Wie meist eine Verallgemeinerung nie alle möglichen Fälle erfassen kann, so sind auch hier, wie in der Formulierung angedeutet, Ausnahmen einzuräumen, die aber dem oben entwickelten Grundgedanken entsprechen. So im folgenden Fall:

Der Eigentümer V überträgt dem K durch nichtiges Rechtsgeschäft (beispielsweise durch einen Vertrag, der gegen die guten Sitten verstößt) Eigentum an einer Sache. K lagert sie bei L ein. L übereignet die eingelagerte Sache dem A zur Sicherheit für ein Darlehn unter Vereinbarung eines Besitzkonstitutes. K und A sind



Nebenbesitzer. Wenn jetzt K, der Nebenbesitzer, aber nicht Eigentümer der Sache ist, diese durch Abtretung des Herausgabeanspruches an B veräußert, so muß B, obgleich er nur Nebenbesitz erwirbt, Eigentümer werden. Denn nach dem entwickelten Grundsatz spricht die nunmehr geschaffene Besitzlage zugunsten des gutgläubigen B. Ihm gegenüber hat der bisherige Eigentümer durch die freiwillige Herausgabe der Sache an K seinen Besitz endgültig verloren. B dagegen hat den Nebenbesitz erworben. Ein solcher Besitzwechsel ist offensichtlich.

In diesem Falle genügt also der bloße Nebenbesitz als Voraussetzung eines gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten.

A kann dagegen nach § 933 BGB nur dann Eigentümer werden, wenn er den unmittelbaren Besitz an der Sache erlangt.

LEBENSLAUF

Ich, Referendar Heinz König, Sohn des Kaufmanns Heinrich König und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Hoffmann, wurde am 19. Oktober 1910 in Essen geboren. In Essen-Bredeney besuchte ich vier Jahre die kathol. Volksschule und anschließend das Realgymnasium. Ostern 1932 erhielt ich das Reifezeugnis.

Mein rechtswissenschaftliches Studium begann ich im Sommersemester 1933 an der Universität Bonn. Nach sieben Semestern bestand ich am 29. Mai 1937 vor dem Justizprüfungsamt am Oberlandesgericht Köln die erste juristische Staatsprüfung.

Seit dem 1. August 1937 bin ich als Referendar im Vorbereitungsdienst beschäftigt.

Die vorliegende Arbeit kam unter Leitung des Herrn Professor Dr. Dölle in Bonn zustande, dem ich zu Dank verpflichtet bin.

Die mündliche Promotionsprüfung legte ich am 9. Mai 1939 ab.